

المُلَقَّع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٥٦٢٠ هـ

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإيضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عبد الرحمن عبد المحسن التركي

المجلد السادس عشر

الوديعة - إحياء الموات - الجعالة - اللقطة - الوقف

هجر

لطباعة والنشر والتوزيع

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٥ هـ = ١٩٩٥ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٦ ، ٢ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

يوزع
على نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مؤبته .. ودفعه لرضائه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ الْوَدِيعَةِ

المقنع

الشرح الكبير

بَابُ الْوَدِيعَةِ

والأصل فيها الكتابُ والسُّنةُ والإجماعُ ؛ أمّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) . وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمْنَهُ ﴾ ^(٢) . وأمّا السُّنةُ فقولُ رسولِ الله ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ اتَّيَمَّنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . [١٤٩/٥ ظ] رواه أبو داودَ ، والترمذِيُّ ^(٣) ، وقال : حديثٌ حسنٌ . وروى عنه ، عليه الصلاة والسلامُ ، أنه كانت عنده ودائعُ ، فلَمَّا

الإنصاف

بَابُ الْوَدِيعَةِ

فائدة : الْوَدِيعَةُ عبارةٌ عن توكُّلٍ لحِفْظِ مالٍ غيره تبرُّعاً بغيرِ تصرُّفٍ . قاله في « الفائق » . وقال في « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » : وهى عَقْدُ تبرُّعٍ بحِفْظِ مالٍ غيره بلا تصرُّفٍ فيه . وقال في « الكُبْرَى » : والإيداعُ توكُّيلٌ ، أو استِئْثَانَةٌ فى حِفْظِ مالٍ

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٠ . والترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٦٨ . والدارمى ، فى : باب فى أداء الأمانة ... ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤١٤ .

أراد الهَجْرَةَ أَوْدَعَهَا عِنْدَ أَمِّ أَيْمَنَ ، وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى أَهْلِهَا^(١) . وَأَمَّا
 الْإِجْمَاعُ ، فَأَجْمَعَ عُلَمَاءُ كُلِّ عَصْرِ عَلَى جَوَازِ الْإِيدَاعِ وَالِاسْتِيدَاعِ ،
 وَالْعِبْرَةُ تَقْتَضِيهَا ؛ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا ، فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَى جَمِيعِهِمْ حِفْظُ
 أَمْوَالِهِمْ بِأَنْفُسِهِمْ ، وَيَحْتَاجُونَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا لَهُمْ . وَالْوَدِيعَةُ فَعِيلَةٌ ، مِنْ
 وَدَعَ الشَّيْءَ : إِذَا تَرَكَهَ ، أَيْ هِيَ مَتْرُوكَةٌ عِنْدَ الْمُودَعِ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنَ
 السُّكُونِ . يُقَالُ : وَدَعَ ، يَدَعُ . فَكَانَتْهَا سَاكِنَةً عِنْدَ الْمُودَعِ مُسْتَقَرَّةً .
 وَقِيلَ : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْحِفْظِ وَالِدَّعَةِ ، فَكَانَتْهَا فِي دَعَةٍ عِنْدَ الْمُودَعِ .
 وَقَبُولُهَا مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ يَعْلَمُ مِنْ نَفْسِهِ الْأَمَانَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَضَاءَ حَاجَةِ أَخِيهِ
 الْمُؤْمِنِ وَمُعَاوَنَتَهُ . وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، مَتَى أَرَادَ الْمُودَعُ اخْتِذَ
 وَدِيعَتَهُ لَزِمَ الْمُسْتَوْدَعُ رَدُّهَا ؛ لِلْآيَةِ . وَإِنْ رَدَّهَا الْمُسْتَوْدَعُ عَلَى صَاحِبِهَا ،
 لَزِمَهُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ مُتَبَرِّعٌ بِإِمْسَاكِهَا ، فَلَا يَلْزِمُهُ التَّبَرُّعُ فِي
 الْمُسْتَقْبَلِ .

زَيْدٍ تَبَرُّعًا . وَمَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وَيُعْتَبَرُ لَهَا أَرْكَانُ الْوَكَالَةِ ، وَتَبْطُلُ بِمُبْطِلَاتِهَا . وَلَوْ
 عَزَلَ نَفْسَهُ ، فَهِيَ بَعْدَهُ أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، حُكْمُهَا فِي يَدِهِ حُكْمُ الثَّوبِ إِذَا أَطَارَتْهُ الرِّيحُ
 إِلَى دَارِهِ ، يَجِبُ رَدُّهُ إِلَى مَالِكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ « خِلَافِهِ » ، فِي مَسْأَلَةِ
 الْوَكَالَةِ : الْوَدِيعَةُ لَا يَلْحَقُهَا الْفَسْخُ بِالْقَوْلِ ، وَإِنَّمَا تَنْفَسِخُ بِالرَّدِّ إِلَى صَاحِبِهَا ، أَوْ
 بِأَنْ يَتَعَدَّى الْمُودَعُ فِيهَا . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالسَّيِّئِينَ » : فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ هَذَا

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى

وَهِيَ أَمَانَةٌ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَتَعَدَّى . وَإِنْ تَلَفَتْ
مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَائِثَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٣٢ - مسألة : (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها ، إلا أن يتعدى .
وإن تلفت من بين ماله ، لم يضمن ، في أصح الروايتين) وجُمِلَتْ ذلك
أنَّ الْوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ ، إِذَا تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ وَلَا تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُودَعِ ، فَلَيْسَ
عَلَيْهِ ضَمَانٌ ، سِوَاءَ ذَهَبَ مَعَهَا شَيْءٌ مِنْ مَالِ الْمُودَعِ أَوْ لَمْ يَذْهَبْ . هَذَا
قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ شَرِيحٌ ، وَالتَّحْقِيقُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو الزُّنَادِ ،

الإنصاف

تَفَرِيقًا بَيْنَ فَنَسَخِ الْمُودَعِ وَالْمُودَعِ ، أَوْ يَكُونُ اخْتِلَافًا مِنْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَالْأَوَّلُ
أَشْبَهُ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : إِنْ بَطَلَ حُكْمُ الْوَدِيعَةِ ، بَقِيَ الْمَالُ فِي يَدِهِ
أَمَانَةً ؛ فَإِنْ [٢١٦/٢ ط] تَلَفَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ رَدِّهِ ، فَهَدَرَ ، وَإِنْ تَلَفَ بَعْدَهُ ،
فَوَجَّهَانِ . وَقَالَ أَيْضًا : يَكْفِي الْقَبْضُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَقِيلَ : لَا .

قوله : وَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَائِثَيْنِ . يَعْنِي ، إِذَا
لَمْ يَتَعَدَّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا اخْتِيَارُ أَكْثَرِ
الْأَصْحَابِ . وَصَرَّحَ الْمُصَنِّفُ فِي آخَرِينَ ، أَنَّهُ أَصَحُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ .
قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا أَظْهَرُ الرَّوَائِثَيْنِ . وَجَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ
مُنَجَّيٍّ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَضْمَنْ . نَصَّ عَلَيْهَا . قَالَ
الزُّرْكَاشِيُّ : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الرَّوَايَةِ ، إِذَا ادَّعَى التَّلَفَ ، أَمَا إِنْ ثَبَتَ التَّلَفُ ،
فَإِنَّهُ يَنْبَغِي انْتِفَاءُ الضَّمَانِ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً .

والتَّوَرِيُّ ، والشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وعن أحمدَ رِوَايَةً ، إنْ ذَهَبَتْ
 الْوَدِيعَةُ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ضَمِنَهَا ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ
 ضَمَّنَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ^(١) . قال القاضي :
 وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاها أَمَانَةً ، وَالضَّامَانُ يُنَافِي الْأَمَانَةَ . وَرَوَى
 الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٢) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَى الْمُودَعِ ضَمَانٌ » . ^(٣) وَلِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ مُؤْتَمَنٌ ،
 فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدِّيهِ وَلَا تَفْرِيطِهِ ، كَمَا لَوْ ذَهَبَتْ مَعِ مَالِهِ ^(٤) ،
 [١٥٠/٥] وَلِأَنَّ الْمُسْتَوْدَعَ إِنَّمَا يَحْفَظُهَا لِصَاحِبِهَا مُتَبَرِّعًا ، مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ
 يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَلَوْ لَزِمَهُ الضَّامَانُ لَامْتَنَعَ النَّاسُ مِنَ اسْتِئْذَاعِهِ ، وَذَلِكَ مُضِرٌّ ؛
 لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا . وَمَا رَوَى عَنْ عُمَرَ مَحْمُولٌ عَلَى التَّفْرِيطِ مِنْ
 أَنَسٍ فِي حِفْظِهَا ، فَلَا يُنَافِي مَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ تَعَدَّى الْمُودَعُ فِيهَا ، أَوْ فَرَطَ
 فِي حِفْظِهَا ، ضَمِنَهَا ، بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتْلَفٌ لِمَالٍ غَيْرِهِ ،
 فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَاعٍ .

فائدة : لو تَلَفَتْ مَعِ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . بَلَا نِزَاعٍ فِي
 الْمَذْهَبِ ، وَقَدْ تَوَاتَرَ النَّصُّ عَنْ أَحْمَدَ بِذَلِكَ . وَإِنْ تَلَفَتْ بِتَعَدِّيهِ ، وَتَفْرِيطِهِ ، ضَمِنَ ،
 بَلَا خِلَافٍ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب لا ضمان على مؤتمن ، من كتاب الوديعه . السنن الكبرى ٢٨٩/٦ .

(٢) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٤١/٣ . بنحوه .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الوديعه ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ . بنحوه أيضا .

(٣ - ٣) سقط من : م .

وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا .

المقنع

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُودِعُ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ ضَمَانَ الْوَدِيعَةِ ، فَقَبِلَهُ ، أَوْ قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ لَهَا . لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْمُودِعِ : إِذَا قَالَ : أَنَا ضَامِنٌ . فَسُرِقَتْ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَصْلُهُ الْأَمَانَةُ ، كَالْمُضَارَبَةِ ، وَمَالِ الشَّرِكَةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالْوَكَالَةِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شَرَطَ ضَمَانَ مَا لَمْ يُوجَدُ سَبَبُ ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ضَمَانَ مَا يَتَلَفُ فِي يَدِ مَالِكِهِ .

٢٤٣٣ - مسألة : (وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا) إِذَا أُودِعَ وَدِيعَةً ، وَلَمْ يُعَيَّنِ الْمُودِعُ لَهُ مَوْضِعًا لَهَا ، فَإِنَّ الْمُودِعَ يَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا ، كَمَا يَحْفَظُ مَالَهُ . وَحِرْزُ مِثْلِهَا يُذَكَّرُ فِي بَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ . فَإِنْ لَمْ يَحْفَظْهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَرَّطَ فِيهَا ، فَإِنْ وَضَعَهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا ، «ثُمَّ نَقَلَهَا عَنْهُ إِلَى حِرْزٍ مِثْلِهَا» ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، سَوَاءً نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِ الْأَوَّلِ أَوْ دُونِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا رَدَّ حِفْظُهَا إِلَى رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ ، وَأَذِنَ لَهُ فِي إِخْرَازِهَا بِمَا شَاءَ مِنْ إِخْرَازٍ مِثْلِهَا ، وَلِهَذَا لَوْ تَرَكَهَا فِي الثَّانِي أَوْ لَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا نَقَلَهَا إِلَيْهِ . وَلَوْ كَانَتِ الْعَيْنُ فِي بَيْتِ صَاحِبِهَا ، فَقَالَ لِرَجُلٍ : اخْفَظْهَا فِي مَوْضِعِهَا . فَنَقَلَهَا عَنْهُ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَهَا ؛

قوله : وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزٍ مِثْلِهَا . يَعْنِي ، عُرْفًا ، كَالْحِرْزِ فِي السَّرِقَةِ ، عَلَى الْإِنصَافِ مَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . هَذَا إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ صَاحِبُهَا حِرْزًا .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ .

لأنه ليس بمودع ، إنما هو وكيل في حفظها . وليس له إخراجها من ملك صاحبها ، ولا من موضع استأجره لها ، إلا أن يخاف عليها ، فعليه إخراجها ؛ لأنه مأثور بحفظها ، وقد تعين حفظها في إخراجها ، ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الحال ، أخرجها ، ولأنه مأثور بحفظها على صفة ، فإذا تعذرت الصفة ، لزمه حفظها بدونها ، كالمستودع إذا [١٥٠/٥ ط] خاف عليها .

٢٤٣٤ - مسألة : (وإن عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ المودع إذا أَمَرَ المُستودعَ بِحِفْظِهَا فِي مَكَانٍ عَيْنِهِ ، فَحَفَظَهَا فِيهِ ، وَلَمْ يَخْشَ عَلَيْهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَلِكٌ ، غَيْرُ مُفَرِّطٍ . وَإِنْ أَخْرَزَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ ، وَلِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَرْضَهُ .

قوله : فَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ ، ضَمِينَ . هذا المذهب مطلقاً . أغنى ، سواء ردها إلى حِرْزِهَا الَّذِي عَيْنَهُ لَهُ ، أَوْ لَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : إِنْ رَدَّهَا إِلَى حِرْزِهَا الَّذِي عَيْنَهُ لَهُ ، قَتَلَتْ^(١) ، لَمْ يَضْمَنْ . حَكَاهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِنْ عَيَّنَ رَبُّهَا حِرْزًا ، فَأَخْرَزَهَا بِدُونِهِ ، ضَمِينَ . قُلْتُ : وَلَمْ يَرُدَّهَا إِلَى حِرْزِهِ . انْتَهَى .

(١) فِي ط : « قَتَلَتْ » .

وَأَنَّ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ الْمَنْعَ يَفْعَلُهُ لِحَاجَةٍ .

٢٤٣٥ - مسألة : (وإن أَحْرَزَهَا فِي مِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ)
وكذلك إن نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْحَرْزِ لغيرِ حَاجَةٍ . هذا قولُ القاضِي .
وهو مَذْهَبُ الشافعي ؛ لأنَّ تَقْيِيدَهُ بِهذا الْحَرْزِ ، يَقْتَضِي ما هو مِثْلُهُ ، كَمَنْ
اِكْتَرَى أَرْضًا لَزَرْعِ الْحِنْطَةِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا وَزَرْعُ مِثْلِهَا فِي الصَّرْرِ ، وَلأنَّ
مَنْ رَضِيَ حَرْزًا ، رَضِيَ مِثْلَهُ أَوْ فَوْقَهُ (وَقِيلَ : يَضْمَنْ) وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ
الْخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ الْأَمْرَ بِشَيْءٍ يَقْتَضِي تَعْيِنَهُ ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ . وإن
نَقَلَهَا إِلَى أَحْرَزَ مِنْهُ ، فَهُوَ كَالَوْ نَقَلَهَا إِلَى مِثْلِهِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ لِحَاجَةٍ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛
لِما نَذَرُوه .

قوله : وإن أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . هذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
اِخْتَارَهُ الْقاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجيزِ » ، وَ « الْكافي » ،
وغيرِهما . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُستَوْعِبِ » ، فِي
الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَقَدَّمَهُ فِيهِمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفائِقِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي الثَّانِيَةِ فِي « الْهَدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُستَوْعِبِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنْ فِيهِمَا ، إِلَّا أَنْ يَفْعَلَهُ لِحَاجَةٍ .
ذَكَرَهُ الْأَمِدِيُّ ، وَأَبُو حَكِيمٍ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « التَّبَصُّرَةِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَهُوَ
('ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ') وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُتَوَرِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنْ ، إِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، وَلَا

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأِنْ نَهَاةً عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِعَشْيَانِ شَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ،
لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ
خَوْفٍ ، ضَمِنَ .

٢٤٣٦ - مسألة : (وَإِنْ نَهَاةً) المَالِكُ (عَنْ إِخْرَاجِهَا)
فَأَخْرَجَهَا (لِعَشْيَانِ شَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ^(١)) ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا
فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا . وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ (إِذَا نَهَاةً المَالِكُ عَنْ
إِخْرَاجِهَا مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ مَا لَوْ لَمْ يَنْهَهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا
مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . فَإِنْ أَخْرَجَهَا لَشَيْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ، مِثْلَ أَنْ خَافَ
عَلَيْهَا نَهَبًا ، أَوْ هَلَاكًا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفْرَطٍ فِي حِفْظِهَا ، لِأَنَّ حِفْظَهَا

يَضْمَنْ ، إِنْ أَخْرَزَهَا بِأَعْلَى مِنْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : وَهُوَ أَقْبَسُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِيهَا ^(٢) .

تَنْبِيهِ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَا فَرْقَ ، فِيمَا ذَكَرَ ، بَيْنَ الْجَعْلِ أَوْ لَا ، فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ ،
وَبَيْنَ النَّقْلِ إِلَيْهِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَأَصْحَابُنَا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ تَلْفِهَا بِسَبَبِ
النَّقْلِ ، وَبَيْنَ تَلْفِهَا بِغَيْرِهِ ، وَعِنْدِي ، إِذَا حَصَلَ التَّلْفُ بِسَبَبِ النَّقْلِ ؛ كَانِهِدَامَ
الْبَيْتِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ ، ضَمِنَ .

قوله : وَإِنْ نَهَاةً عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِعَشْيَانِ شَيْءٍ ، الْغَالِبُ فِيهِ التَّوَى ،
لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لَكِنْ إِذَا أَخْرَجَهَا

(١) التوى : الهلاك .

(٢) في ١ : « فِيهَا » .

الشرح الكبير

نَقَلَهَا ؛ وَتَرَكَهَا تَضَيِّعُهَا . وَإِنْ نَقَلَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ إِلَى دُونِ الْجِرْزِ ؛ فَإِنْ أَمَكَّنَهُ إِخْرَازُهَا فِي مِثْلِهِ ، أَوْ أَعْلَى مِنْهُ ، ضَمِنَهَا ؛ لِتَفْرِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ إِخْرَازَهَا بِذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ، وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ سِوَاهُ . وَإِنْ تَرَكَهَا قَتَلَتْ ، ضَمِنَ ، سِوَاءَ تَلَفَتْ بِالْأَمْرِ الْمَخُوفِ أَوْ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ فِي حِفْظِهَا ؛ لِأَنَّ حِفْظَهَا فِي نَقْلِهَا ، وَتَرَكُهَا تَضَيِّعُهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ سِوَاءَ أَخْرَجَهَا إِلَى مِثْلِ الْجِرْزِ أَوْ دُونِهِ أَوْ فَوْقَهُ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ نَصَّ صَاحِبِهَا [١٥١/٥] لِغَيْرِ فَائِدَةٍ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُعَيَّنْ

الإِنصاف

فَلَا يُخْرِزُهَا إِلَّا فِي جِرْزٍ مِثْلِهَا أَوْ فَوْقَهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ، وَالحَالَةُ هَذِهِ ، وَنَقَلَ إِلَى أَدْنَى ، فَلَا ضَمَانَ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ؛ لِأَنَّهُ إِذْ أَحْفَظُ ، وَلَيْسَ فِي الْوُسْعِ سِوَاهُ . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا .

قوله : وَإِنْ تَرَكَهَا قَتَلَتْ ، ضَمِنَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ إِخْرَاجُهَا ، وَالحَالَةُ هَذِهِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَصَحُّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَزِمَهُ إِخْرَاجُهَا فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْفَاتِحِ » : ضَمِنَ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ رَبِّهَا .

له جِرْزًا . وقد ذَكَرْنَاهُ . وهو قولُ القاضى . وقال أبو حنيفة : إن نَهَاها
عن نَقْلِهَا مِنْ بَيْتٍ ، فنَقَلَهَا إِلَى بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ
مِنْ دَارٍ وَاحِدَةٍ جِرْزٌ وَاحِدٌ ، وَطَرِيقُ أَحَدِهِمَا طَرِيقُ الْآخَرِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ
نَقَلَهَا مِنْ زَاوِيَةٍ إِلَى زَاوِيَةٍ . وَإِنْ نَقَلَهَا مِنْ دَارٍ إِلَى دَارٍ أُخْرَى ، ضَمِنَ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِهَا بِمَا لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ ، فَيَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ نَقَلَهَا
مِنْ دَارٍ إِلَى دَارٍ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْفَرْقُ ؛ لِأَنَّ بُيُوتَ الدَّارِ تَخْتَلِفُ ، فَمِنْهَا
مَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الطَّرِيقِ ، أَوْ إِلَى الْإِنْهَادِ ، أَوْ إِلَى مَوْضِعِ الْوُقُودِ ، أَوْ
أَسْهَلُ فَتْحًا ، أَوْ أَضْعَفُ حَائِطًا ، أَوْ أَسْهَلُ نَقْبًا ، أَوْ يَكُونُ الْمَالِكُ يَسْكُنُ
بِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا يُؤَثِّرُ فِي الْحِفْظِ أَوْ فِي عَدَمِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْوِيتُ
غَرَضِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ مِنْ تَعْيِينِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ .

(^١) **فائدة :** لو تَعَدَّرَ الْأَمْتَلُ وَالْمُمَائِلُ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، فَلَا ضَمَانَ . ذَكَرَهُ
الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) .

قوله : وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ . هذا المذهب ، وعليه أكثرُ
الأصحاب . قال في « الفروع » : وَيَحْرُمُ إِخْرَاجُهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، قَالَهُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » .

فَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، ^{المقنع} أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

٢٤٣٧ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . ^{الشرح الكبير} فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ) إِذَا أَخْرَجَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ شَرْطِ صَاحِبِهَا لَغَيْرِ حَاجَةٍ . وَإِنْ أَخْرَجَهَا عِنْدَ خَوْفِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ إِذَا تَلَفَتْ ؛ (لِأَنَّ نَهْيَهُ)^(١) مَعَ خَوْفِ الْهَلَاكِ نَصٌّ فِيهِ ، وَتَضَرُّعٌ بِهِ ، فَيَكُونُ مَا ذُكِرَ فِي تَرْكِهَا فِي تِلْكَ الْحَالِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَمْتِثَالِهِ أَمْرَ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَذِنَ لَهُ فِي إِتْلَافِهَا . وَلَا يَضْمَنْ إِذَا أَخْرَجَهَا ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا وَحِفْظًا ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لَهُ فِي إِتْلَافِهَا ، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلَفَتْ .

فصل : إِذَا أَخْرَجَ الْوَدِيعَةَ الْمَنْهُيَّ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَتَلَفَتْ ، فَادَّعَى أَنَّهُ أَخْرَجَهَا الْعَشْيَانِ نَارًا ، أَوْ سَيْلًا ، أَوْ أَمْرًا ظَاهِرًا ، وَأَنْكَرَ صَاحِبُهَا وَجُودَهُ ، فَعَلَى الْمُسْتَوْدَعِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مَا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ؛ الظُّهُورُ . فَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي التَّلَفِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ تَتَعَدَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ ، فَلَمْ يُطَالَبْ

قوله : وَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا ، وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، ^{الإصناف} أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به أكثرهم ؛ منهم صاحب « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ،

(١ - ١) سقط من : م .

بها ، كما لو ادَّعى تَلَفَهَا بِأَمْرِ خَفِيٍّ [١٥١/٥ ط] . وهذا قولُ الشافعيِّ .
والْحُكْمُ فِي إِخْرَاجِهَا مِنَ الْخَرِيْطَةِ^(١) وَالصُّنْدُوقِ ، حُكْمُ إِخْرَاجِهَا مِنَ
الْبَيْتِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ .

فصل : ولو أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِي مَنْزِلِهِ ، فَتَرَكَهَا فِي ثِيَابِهِ ، وَخَرَجَ بِهَا ،
صَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ أَحْرَزُ لَهَا . وَإِنْ جَاءَهُ بِهَا فِي السُّوقِ ، فَقَالَ : أَحْفَظْهَا
فِي بَيْتِكَ . فَقَامَ بِهَا فِي الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي دُكَّانِهِ
أَوْ ثِيَابِهِ ، وَلَمْ يَحْمِلْهَا إِلَى بَيْتِهِ مَعَ امْتِنَانِهِ ، فَتَلَفَتْ ، صَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ بَيْتَهُ أَحْرَزُ
لَهَا . هَكَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى تَرَكَهَا عِنْدَهُ
إِلَى وَقْتٍ مُضِيِّهِ إِلَى مَنْزِلِهِ فَيَسْتَصْحِبُهُ^(٣) مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْمُوَدَّعَ
عَالِمٌ بِهَذِهِ الْعَادَةِ ، رَاضٍ بِهَا ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهَا لَشَرَطَ عَلَيْهِ نِحْلَافَهَا ، وَأَمَرَهُ
بَتَعْجِيلِ حَمْلِهَا ، فَإِمَّا أَنْ يَقْبَلَهَا بِهَذَا الشَّرْطِ أَوْ يَرُدَّهَا .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْوَجِيزِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِنَّ
وَأَقْفَهُ أَوْ خَالَفَهُ ، صَمِنَ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا .

تَنْبِيْهِ : ظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَهَا مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ . وَهُوَ صَحِيحٌ .
صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ .

(١) الخريطة : وعاء من جلد ونحوه يشد على ما فيه .

(٢) في : المغنى ٢٦٥/٩ ، ٢٦٦ .

(٣) في م : « فيصطحبه » .

وَلَوْ أَوْدَعَهُ بِهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ الْمَالِكُ عَنْ عْلِفِهَا .

الشرح الكبير

٢٤٣٨ - مسألة : (وإن أودعه بهيمَةً ، فلم يَعْلِفْهَا حتى ماتت ، ضَمِنَهَا ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ الْمَالِكُ عَنْ عْلِفِهَا) إذا أودعه بهيمَةً ، ولم يأمره بعْلِفِهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ . وبه قال الشافعي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ . وبه قال أبو حنيفة ؛ لَأَنَّهُ اسْتَحْفَظَهَا إِيَّاهَا ، ولم يأمره بعْلِفِهَا ، والعَلْفُ عَلَى مَالِكِهَا ، فَإِذَا لَمْ يَعْلِفْهَا كَانَ هُوَ الْمُفْرَطَ . ولنا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِتْلَافُهَا ، وَلَا التَّفْرِيطُ فِيهَا ، فَإِذَا أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا تَضَمَّنَ ذَلِكَ عْلِفِهَا وَسَقِيَّهَا ، فَإِنْ تَرَكَ عْلِفِهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ مُفْرَطٌ فِيهَا . فَإِنْ أَمَرَهُ صَاحِبُهَا بِعْلِفِهَا وَسَقِيَّهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ لِحُرْمَةِ صَاحِبِهَا ؛ لَأَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَلِحُرْمَةِ الْبَهِيمَةِ ، فَإِنَّ الْحَيَّوَانَ يَجِبُ إِخْيَاؤُهُ بِالْعَلْفِ وَالسَّقْيِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ عْلِفِهَا ، إِلَّا أَنْ يَقْبَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِمُجَرَّدِ أَمْرِ صَاحِبِهَا ، كغَيْرِ الْوَدِيعَةِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ الْمُسْتَوْدَعُ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ ، طَالَبَهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أَوْ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ ، أَوْ يَأْذُنُ لَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا لِيَرْجِعَ بِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَاحِبِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ،

الإنصاف

قوله : وإن أودعه بهيمَةً ، فلم يَعْلِفْهَا حتى ماتت ، ضَمِنَ . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرهم . وقيل : لَا يَضْمَنُهَا . وهو أَحْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . قُلْتُ : لَكِنْ يَحْرُمُ تَرْكُ عْلِفِهَا . وَيَأْتِي حَتَّى وَلَوْ قَالَ لَهُ : لَا تَعْلِفْهَا . [٢١٧/٢] عَلَى مَا يَأْتِي .

فَإِنْ وَجَدَ لَصَاحِبِهَا مَالًا أَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَالًا فَعَلَ مَا يَرَى لَصَاحِبِهَا الْحَظَّ [٥/١٥٢ و] فِيهِ ، مِنْ يَبِيعُهَا ، أَوْ يَبِيعَ بَعْضُهَا وَإِنْفَاقَهُ عَلَيْهَا ، أَوْ إِجَارَتِهَا ، أَوْ الِاسْتِدَانَةَ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيَدْفَعُهُ إِلَى الْمُودَعِ لِيُنْفِقَهُ عَلَيْهَا ، أَوْ إِلَى غَيْرِهِ فَيُنْفِقُ عَلَيْهَا ، إِنْ رَأَى ذَلِكَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ لِلْمُودَعِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَيَكُونُ قَابِضًا مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ ، وَيَكُلُّ ذَلِكَ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِي قَدْرِ مَا يُنْفِقُ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى صَاحِبِهَا ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ ، قَبْلَ قَوْلِ الْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى النَّفَقَةَ بِالْمَعْرُوفِ ، وَإِنْ ادَّعَى زِيَادَةً ، لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمُدَّةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَانْفَقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى الرَّجُوعِ ، رَجَعَ بِمَا أَنْفَقَ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرْفًا ، وَلَا تَقْرِيضَ مِنْهُ إِذْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ إِمْكَانِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ . نَصَّ عَلَيْهِمَا فِيمَا إِذَا أَنْفَقَ عَلَى الْبَهِيمَةِ الْمَرْهُونَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرْفًا . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِتَرْكِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ . وَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، لَوْ أَمَرَهُ بَعْلُهَا ، لَزِمَهُ ذَلِكَ مُطْلَقًا : عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا مَعَ قَبُولِهِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » . وَمِنْهَا ، لَوْ نَهَاها عَنْ عَقْلِهَا ، انْتَفَى وَجُوبُ الضَّمَانِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى حَظِّ الْمَالِكِ ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحُرْمَةِ ، فَلَا أَثَرَ لِنَهْيِهِ ، وَالْوُجُوبُ بَاقٍ بِحَالِهِ . قَالَ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ يَضْمَنُ . وَمِنْهَا ، إِنْ كَانَ إِنْفَاقُهُ عَلَيْهَا بِإِذْنِ رَبِّهَا ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ تَعَذَّرَ إِذْنُهُ ؛ فَإِنْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ حَاكِمٍ ، رَجَعَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ مَعَ تَعَذُّرِهِ ، وَأَشْهَدَ

إشهاد ، مع العجز عن استئذان الحاكم ، أو مع إمكانه ، ففي الرجوع أيضا وجهان ، وجههما ما ذكرنا . ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها ، بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك ، كما يفعل في بهائمها ، على ما جرت به العادة ، فلا ضمان فيه ؛ لأن هذا مأذون فيه عرفاً ، لجريان العادة به ، فأشبه المصريح به .

فصل : فإن ناه المالك عن علفها وسقيها ، لم يجز له ترك علفها ؛ لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب إحياءه لحق الله تعالى . فإن علفها وسقاها ، فهو كما لو لم ينهه ، وإن تركها حتى تلفت ، لم يضمنها . وهو قول أكثر أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يضمن ؛ لأنه تعدى بترك علفها ، أشبه ما إذا لم ينهه . وهو قول ابن المنذر ؛ لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال ، فيصير أمر مالكها وسكوته سواء . ولنا ، [١٥٢/٥] أنه ممثّل قول صاحبها ، فلم يضمنها ، كما لو أمره بقتلها ، ففعل ، وكما

على الإنفاق ، فله الرجوع . قال الحارثي : رواية واحدة . حكاه الأصحاب . وإن كان مع إمكان إذن الحاكم ، ولم يستأذنه ، بل نوى الرجوع فقط ، لم يرجع . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » هنا . وهو ظاهر ما جزم به في « المحرر » ، في باب الرهن ، و « المنور » . وقيل : يرجع . جزم به في « المنتخب » . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . وصححه الحارثي ، وصاحب « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » . قلت : وهو الصواب . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ،

لو قال : لا تُخْرِجِ الْوَدِيعَةَ إِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فخاف عليها ولم يُخْرِجْهَا ،
أو أمره بإلقائها في نارٍ . وبهذا يَنْتَفِضُ مَا ذَكَرُوهُ . وَمَنْعَ ابْنِ الْمُنْذِرِ الْحُكْمَ
فِيمَا إِذَا أَمَرَهُ بِاتِّلَافِهَا فَاتَّلَفَهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَغْرَمْ ،
كَأَنَّهُ اسْتَنَابَهُ فِي مُبَاحٍ ، وَالتَّحْرِيمُ أَثَرُهُ فِي بَقَاءِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى . وَهُوَ الْإِثْمُ ،
أَمَّا حَقُّ الْآدَمِيِّ فَلَا يَبْقَى مَعَ إِذْنِهِ فِي تَقْوِيَّتِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَتَلَفْ بِفِعْلِهِ ، وَلِأَنَّمَا
تَلَفَتْ بِتَرْكِ الْعَلْفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، أَشْبَهَ مَا إِذَا نَهَاكَ عَنْ إِخْرَاجِهَا مَعَ الْخَوْفِ ،
فَلَمْ يُخْرِجْهَا .

و « الْخُلَاصَةُ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « التَّلْخِص » ، و « الرُّعَايَةُ
الْكُبْرَى » . وَظَاهِرُ « الْفُرُوعِ » ، فِي بَابِ الرُّهْنِ ، إِطْلَاقُ الْخِلَافِ . وَقَالَ فِي
« الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالسَّبْعِينَ » : إِذَا أَنْفَقَ الْمُودَعُ^(١) عَلَى الْحَيَوَانِ الْمُسْتَوْدَعِ نَاقِيًا
لِلرُّجُوعِ ؛ فَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِئْذَانُ مَالِكِهِ ، رَجَعَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَذَّرْ ، فَطَرِيقَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
أَنَّهُ عَلَى الرَّوَائِثِ فِي قَضَاءِ الدِّينِ وَأَوَّلَى ؛ لِأَنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ تُوجِبُ تَقْدِيمَهُ
عَلَى قَضَاءِ الدِّينِ أحيانًا ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْمُغْنَى » . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ ،
قَوْلًا وَاحِدًا ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، مُتَابَعَةً لِأَيِّ الْخَطَّابِ . انْتَهَى .
وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ هِيَ الْمَذْهَبُ . وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « التَّلْخِص » ،
و « الْفُرُوعِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَتَقَدَّمَ حُكْمُ الْمَسْأَلَةِ فِي كَلَامِ
الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الرُّهْنِ أَيْضًا . وَمِنْهَا ، لَوْ خِيفَ عَلَى الثَّوْبِ الْعَثُّ ، وَجَبَ عَلَيْهِ
نَشْرُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَتَلَفَ ، ضَمِنَ .

(١) سقط من : الأصل ، ط .

فَإِنْ قَالَ : أَتْرُكُ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ .
وَأِنْ قَالَ : أَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . فَإِنْ
تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٣٩ - مسألة : (وإن قال : أَتْرُكُ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا
فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ) لَأَنَّهُ رُبَّمَا نَسِيَ ، فَسَقَطَ الشَّيْءُ مِنْ كُمِّهِ . وَكَذَلِكَ
إِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْجَيْبَ أَحْرَزُ (وإن قال : أَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا
فِي « جَيْبِهِ » ، لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الْجَيْبَ أَحْرَزُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ :
أَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ (فَتَرَكَهَا فِي ^(١) يَدِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ،
يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الشَّيْءِ مِنَ الْيَدِ مَعَ النَّسْيَانِ أَكْثَرُ مِنْ سُقُوطِهِ مِنَ الْكُمِّ .
وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهَا الطَّرَارُ بِالْبَطِّ ^(٢) ، بِخِلَافِ

قوله : وَإِنْ قَالَ : أَتْرُكَهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَقَدِّمِ بِالضَّمَانِ بِالْإِخْرَازِ فِيمَا فَوْقَ
الْمُعَيَّنِ ^(٣) ، وَجُوبُ الضَّمَانِ هُنَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُغْنَى » ،
و « الْهَادِي » ، و « التَّلْخِيسِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « النَّظْمِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنْ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) الطرار : النشال . ويط الكم : شقه .

(٣) في الأصل ، ١ : « العين » .

الْكُمِّ ، وَلَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُخْرِزُ مِنْ وَجْهِ ، فَتَسَاوَا . وَلِمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ أَنْ يَقُولَ : متى كان كل واحد منهما أُخْرِزَ مِنْ وَجْهِ ، وَجَبَ أَنْ يَضْمَنَ ؛ لَأَنَّهُ قَوَّتِ الْوَجْهَ الْمَأْمُورَ بِالْحِفْظِ بِهِ ، وَأَتَى بِمَا لَمْ يُؤْمَرْ بِهِ ، فَضْمِنَ لِمُخَالَفَتِهِ . وعلى هذا ، لو أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَجَعَلَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ لِذَلِكَ ^(١) . وقال القاضي : الْيَدُ أُخْرِزُ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، وَالْكُمُّ أُخْرِزُ عِنْدَ عَدَمِ الْمُغَالَبَةِ . فعلى هذا ، إِنْ أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَشَدَّهَا فِي كُمِّهِ مِنْ غَيْرِ حَالِ الْمُغَالَبَةِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مُطْلَقًا ، فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، أَوْ شَدَّهَا فِي كُمِّهِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي كُمِّهِ غَيْرَ مَشْدُودَةٍ ، وَكَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَشْعُرُ بِهَا

قال الحارثيُّ : وهو الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . ^(٢) وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ^(٣) . وَالثَّانِي ، يَضْمَنُ . وهو الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . قال الحارثيُّ : وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْمُصَنِّفِ فِي « كِتَابَيْهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَفِي « التَّلْخِصِ » وَجْهٌ ثَالِثٌ ، إِنْ تَلَفَتْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ أُخْرِزُ . وَإِنْ تَلَفَتْ لِنَوْمٍ أَوْ نِسْيَانٍ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ فِي الْكُمِّ مَرْبُوطَةً ، لَمَا ذَهَبَتْ .

فوائد ؛ الْأَوَّلَى ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ وَالْخِلَافُ لَوْ قَالَ : اتْرُكْهَا فِي يَدِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ . قال في « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ : وقال القاضي : الْيَدُ أُخْرِزُ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، وَالْكُمُّ أُخْرِزُ عِنْدَ عَدَمِ الْمُغَالَبَةِ . فعلى هذا ، إِنْ أَمَرَهُ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ ، فَشَدَّهَا فِي

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ط .

إذا سَقَطَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ مُفَرِّطٌ ، وإن كانت ثَقِيلَةً يَشْعُرُ بِهَا ، لم يَضْمَنْهَا ؛ لَأَنَّ هَذَا عَادَةُ النَّاسِ فِي حِفْظِ أُمُورِهِمْ . وإن شَدَّهَا عَلَى عَضْدِهِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا . [١٥٣/٥] وقال القاضي : إن شَدَّهَا مِنْ جَانِبِ الْجَيْبِ ، لم يَضْمَنْهَا ، وإن شَدَّهَا مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَ ؛ لَأَنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطَّهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ . وهذا يَنْطُلُ بِمَا إِذَا تَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، أَوْ رَبَطَهَا فِي كُمِّهِ ، فَإِنَّ الطَّرَارَ يَقْدِرُ عَلَى بَطَّهَا وَلَا يَضْمَنْ ، وليس إِمَّاكَانُ حِرْزِهَا بِأَحْفَظِ الْحِرْزَيْنِ مَانِعًا مِنْ إِخْرَازِهَا بِمَا دُونَهُ ، إِذَا كَانَ حِرْزًا مِثْلَهَا . وشَدَّهَا عَلَى الْعَضْدِ حِرْزٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَ ؛ لَأَنَّ النَّاسَ يُحِرِّزُونَ بِهِ أُمُورَهُمْ ، فَأَشْبَهَ شَدَّهَا فِي الْكُمِّ وَتَرَكَهَا فِي الْجَيْبِ ، لَكِنْ لَوْ أَمَرَهُ بِشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ ، فَشَدَّهَا مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ ، ضَمِنَ . وإن أَمَرَهُ بِشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَانِبِ الْآخَرَ ، فَشَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَيْبَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ أَخْرَزُ . وإن أَمَرَهُ بِشَدَّهَا عَلَى عَضْدِهِ مُطْلَقًا ، أَوْ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا مَعَهُ ، فَشَدَّهَا مِنْ أَى الْجَانِبَيْنِ كَانَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ مُمْتَلِلٌ أَمْرَ مَالِكِهَا ، مُحَرِّزٌ لَهَا بِحِرْزٍ مِثْلَهَا . وإن شَدَّهَا عَلَى وَسْطِهِ ، فَهُوَ أَخْرَزُ لَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَرَكَهَا فِي بَيْتِهِ فِي حِرْزِهَا .

كُمِّهِ فِي غَيْرِ حَالِ الْمُغَالَبَةِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، ضَمِنَ . الإِنْصَافُ
الْثَّانِيَةُ ، لَوْ جَاءَهُ إِلَى السُّوقِ وَأَمَرَهُ بِحِفْظِهَا فِي بَيْتِهِ ، فَتَرَكَهَا عِنْدَهُ إِلَى مُضِيِّهِ إِلَى مَنْزِلِهِ ، ضَمِنَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَقَالَ الْأَصْحَابُ : يَضْمَنْ مُطْلَقًا . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنْ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَمَالَ إِلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :

فصل : وإن أمره أن يجعلها في صندوق ، وقال : لا تقفل عليها ، ولا تنم فوقها . فخالقه ، أو قال : لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً . فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه . ذكره القاضي . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وحكى عن مالك أنه يضمن ؛ لأنه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها ، أشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزلها ، فأخرجها لغير حاجة ؛ وذلك لأن النوم عليها ، وترك قفلين ، وزيادة الاحتفاظ ، ينبه اللص عليها ، ويحثه على الجِدِّ في سرقتها ، والاختيال لأخذها . ولنا ، أن ذلك أحرز لها ، فلم يضمن بفعله ، كما لو أمره بتركها في صحن الدار ، فتركها في البيت ، وبهذا ينتقض ما ذكره .

وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى . قال في « الفروع » : وهو الأظهر . قلت : وهو الصواب . الثالثة ، لو دفعها إليه ، وأطلق ، ولم يعين موضعاً ، فتركها بجنبه أو يده ، أو شدّها في كُمه ، أو ترك في كُمه ثقيلًا بلا شد ، أو تركها في وسطه ، وشدّها عليها سراويله ، لم يضمن . جزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » . وكذا لو شدّها على عضده . وهذا المذهب في ذلك كله . قدّمه في « الفروع » . وقال القاضي : إن شدّها على عضده من جانب الجنب ، لم يضمنها ، وإن شدّها من الجانب الآخر ، ضمن . وقال ابن عقيل ، في « الفصول » : (إن^١ تركها في جنب أو كُم ، ضمن ، على الرواية التي تقول : إن الطرّار لا يقطع . وقال أيضًا : إن تركه في رأسه ، أو غرزّه في عمامته ، أو تحت قلنسوته ، احتمل أنه جرّز مثله . الرابعة ، إذا استودعه خاتماً ، وقال : اجعله في

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فصل : وإن قال : اجعلها في هذا البيت ، ولا تدخله أحدا . فأدخل إليه قوما ، فسرقها أحدهم ، ضمنتها ؛ لأنها ذهبت بتعديده ومخالفته . [١٥٣/٥] وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده ؛ لأنه ربما شاهد الوديعة في دخول البيت ، وعلم موضعها ، وطريق الوصول إليها . وإن سرقها من لم يدخل البيت ، فقال القاضي : لا يضمن ؛ لأن فعله لم يكن سببا لإتلافها . ويحتمل أن يضمن ؛ لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ، ولأنها مخالفة توجب الضمان إذا كانت سببا لإتلافها ، فأوجبته وإن لم تكن سببا ، كما لو نهاه عن إخراجها ، فأخرجها لغير حاجة . وإن قال : ضغ هذا الخاتم في الخنصر . فوضعه في البنصر ، لم يضمن ؛ لأنها أغلظ وأحفظ له ^(١) ، إلا أن ^(٢) لا يدخل فيها ، فيضعه في أناملها العليا ، أو ينكسر لغلظها عليه ، فيضمنه في الموضعين ؛ لأن مخالفته سبب لتلفه .

الخنصر . فليسه في البنصر ، فلا ضمان . ذكره الأصحاب ؛ القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم ؛ لأنها أغلظ ، فهي أحرز . وفيه الوجه المخرج المتقدم . لكن إن انكسر لغلظها ، ضمن . ذكره الأصحاب أيضا . وإن قال : اجعله في البنصر . فجعله في [٢١٧/٢] الخنصر ، ضمن . ذكره القاضي ، وابن عقيل ، واقتصر عليه الحارثي أيضا . وإن جعله في الوسطى ، وأمكن إدخاله في جميعها ، لم يضمن . ذكره في « الكافي » ، واقتصر عليه الحارثي أيضا . وإن لم يدخل في جميعها ، فجعله في بعضها ، ضمن ؛ لأنه أدنى من المأمور به . الخامسة ، لو قال : احفظها في هذا البيت ، ولا تدخله أحدا . فخالف وتلفت بحرقة ، أو

(١) سقط من : م .

المقنع **وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَزَوْجَتِهِ وَعَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ .**

الشرح الكبير ٢٤٤٠ - مسألة : (وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَزَوْجَتِهِ أَوْ عَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ) نَصٌّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ لَمْ يَرْضَ بِهِ صَاحِبُهَا ، فَضَمِنَهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَفِظَهَا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، أَشْبَهَ مَا إِذَا حَفِظَهَا بِنَفْسِهِ ، وَكَأَنَّ لَوْ دَفَعَ الْمَاشِيَةَ إِلَى الرَّاعِي ، أَوْ الْبَهِيمَةَ إِلَى غُلَامِهِ لَيْسَقِيهَا ، وَيُفَارِقُ الْأَجْنَبِيَّ ؛ فَإِنَّ دَفْعَهَا إِلَيْهِ لَا يُعَدُّ حِفْظًا مِنْهُ .

الإصناف غَرَقِر ، أَوْ سَرَقَةَ غَيْرِ الدَّاحِلِ ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَالثَّانِي ، يَضْمَنْ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَمَالَ إِلَيْهِ الشَّارِحُ . قَوْلُهُ : وَإِنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَا خَادِمُهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْحَارِثِيِّ » ، وَنَصَرَهُ ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَأُورَدَهُ السَّامَرِيُّ ، عَنْ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَجْهًا ، وَلَمْ أَجِدْهُ فِي « الْإِرْشَادِ » .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، أَلْحَقَ فِي « الرُّوَضَةِ » الْوَلَدَ وَنَحْوَهُ بِالزَّوْجَةِ وَالْعَبْدِ . قُلْتُ : إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي إِدْخَالِهِ ، وَإِلَّا فَلَا فِي الْجَمِيعِ ، حَتَّى الزَّوْجَةُ وَالْعَبْدُ وَالْخَادِمُ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِلْحَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الْحَارِثِيُّ .

وَأَنَّ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْمَقْنَعِ الْأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ .

٢٤٤١ - مسألة : (وإن دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وليس للمالكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ . وقال القاضى : له ذلك) إذا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِهِ لغيرِ عُذْرٍ ، فعليه الضَّمانُ ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِحِفْظِ مَالِهِ . وقد ذَكَرْنَاهُ فى الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَذَكَرْنَا الْخِلافَ فِيهِ . وقال شَرِيحٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ

وَقَوْلُهُ : إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ . اِغْتِبَارُ لُجُودِ وَصْفِ الْحِفْظِ لِأَمَالِهِ فى مَنْ ذَكَرَ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ، ضَمِنَ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ . وَهُوَ كَمَا قَالَ . اِنْتَهَى . وَمِنْهَا ، لَوْ رَدَّ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنْ يَحْفَظَ مَالَ الْمُودِعِ ، بِكُسْرِ الدَّالِ ، كزَوْجَتِهِ ، وَأَمَتِهِ ، وَعَبْدِهِ ، فَتَلَفَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ . نَحْكَاهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فى الْعَارِيَّةِ . وَمِنْهَا ، لَوْ دَفَعَهَا إِلَى الشَّرِيكِ ، ضَمِنَ ، كَالْأَجْنَبِيِّ الْمَحْضَرِ . وَمِنْهَا ، لَهُ الْاِسْتِعَانَةُ بِالْأَجَانِبِ فى الْحَمْلِ ، وَالثَّقَلِ ، وَسَقَى الدَّابَّةِ ، وَعَلَفَهَا . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . إِذَا أَوْدَعَ الْمُودِعُ ، بَفَتْحِ الدَّالِ ، الْوَدِيعَةَ لِأَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ لِعُذْرٍ ، جَازَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ فى الْجُمْلَةِ . وَقَالَ فى « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُ رِوَايَةٍ مِنْ تَوْكِيلِ الْوَكِيلِ ، لَهُ الْإِيْدَاعُ بِلا عُذْرٍ ،

وأصحابه ، وإسحاق : متى دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، صَمِنَ . وقال ابنُ أبي لَيْلَى : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ حِفْظَهَا وَإِحْرَازَهَا ، وَقَدْ أَخْرَزَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ وَحِفْظَهَا بِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَحْفَظُ مَالَهُ بِإِدَاعِهِ ، فَإِذَا أَوْدَعَهَا فَقَدْ حَفِظَهَا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ [١٥٤/٥] حَفِظَهَا فِي حِرْزِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَالَفَ الْمُودِعَ فَضْمِنَهَا ، كَمَا لَوْ نَهَاها عَنْ إِيدَاعِهَا ؛ فَإِنَّهُ أَمَرَهُ بِحِفْظِهَا بِنَفْسِهِ ، فَلَمْ يَرْضَ لَهَا غَيْرَهُ . فَإِنْ فَعَلَ فَتَلَفَتْ عِنْدَ الثَّانِي ، مَعَ عِلْمِهِ بِالْحَالِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَدِّيَانِ ، وَيَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ عِنْدَهُ ، وَقَدْ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ يَضْمَنُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْأَوَّلِ ، وَلَيْسَ لِلأَوَّلِ الرَّجُوعُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنَّهُ أَمِينٌ لَهُ ^(١) لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْمَالِكُ تَضْمِينَ الثَّانِي ، فَلَيْسَ لَهُ تَضْمِينُهُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . قَالَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ ذَكَرَ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ فَقَطْ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ قَبْضًا مُوجِبًا لِلضَّمَانِ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَلَمْ يُوجِبْ ضَمَانًا آخَرَ . وَيُفَارِقُ

وَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ عُدْرٍ ، لَمْ يَجْزُ ، وَيَضْمَنُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : يَجُوزُ إِيدَاعُهَا لِلْحَاكِمِ ، مَعَ الْإِقَامَةِ وَعَدَمِ الْعُدْرِ . وَتَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فَهُوَ أَعْمٌ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، إِنْ كَانَ الثَّانِي عَالِمًا بِالْحَالِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَلِلْمَالِكِ مُطَالَبَتُهُ ، بِلَا نِزَاعٍ ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ . وَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ ، أَيْ تَضْمِينُهُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَقَالَا : إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِهِ . قَالَ فِي

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الْقَبْضَ مِنَ الْغَاصِبِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُوجِبِ الضَّمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ ، إِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ بِالْعَصَبِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ تَضْمِينَ الثَّانِي أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ مَالُكَهُ ، فَيُضْمَنُ ، كَالْقَابِضِ مِنَ الْغَاصِبِ . وَذَكَرَ أَحْمَدُ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ لَا يَنْفِي الضَّمَانَ عَنِ الثَّانِي ، كَمَا أَنَّ الضَّمَانَ يَلْزِمُ الْغَاصِبَ ، وَلَا يَنْفِي وَجُوبَهُ عَلَى الْقَابِضِ مِنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ ، فَإِنْ ضَمَّنَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ . وَهَذَا الْقَوْلُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ ، وَمَا ذَكَرْنَا لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ لَا أَصْلَ لَهُ ، ثُمَّ هُوَ مُنْتَقِضٌ بِمَا إِذَا دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى إِنْسَانٍ عَارِيَّةٍ أَوْ هَبَّةٍ .

« الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : لَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِيِّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ ضَعِيفٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . يَعْنِي مُطَالَبَتَهُ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ تَضْمِينَ الثَّانِي أَيْضًا ، لَكِنْ يَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » ، وَ « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « التَّعْلِيقِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا الْقَوْلُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ،

(١) انظر : المغنى ٢٦٠/٩ .

المقنع وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا .

الشرح الكبير

٢٤٤٢ - مسألة : (وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا) أَوْ وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِهَا إِنْ قَدَّرَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، وَلَا إِلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْحَاكِمِ وَلَايَةٌ عَلَى الْحَاضِرِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ ، فَضَمِنَهَا ، كَالصُّورَةِ الْأُولَى .

الإنصاف

و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ؛ فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ أَوْدَعَهَا بِلَا عُذْرٍ ، ضَمِنَا^(١) ، وَقَرَّارُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ عَلِمَ الثَّانِي ، فَعَلِيهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ الثَّانِي ، إِنْ جَهِلَ . اخْتَارَهُ شَيْخُنَا كَثَرَتَيْنِ ، فِي وَجْهِ ، وَاخْتَارَهُ شَيْخُنَا . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا - وَكَذَا إِلَى وَكَيْلِهِ فِي قَبْضِهَا ، إِنْ كَانَ - فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا مَعَهُ . وَاعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، وَكَانَ مَالِكُهَا غَائِبًا وَوَكَيْلُهُ ، فَلَهُ السَّفَرُ بِهَا ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَلَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا . وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ، أَوْ وَكَيْلُهُ فِي قَبْضِهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، أَنَّهُ لَا يَحْمِلُهَا إِلَّا بِإِذْنٍ ، فَإِنْ فَعَلَ ، ضَمِنَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْمَغْنَى »^(٢) : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ [٢١٨/٢] عَلَى مَالِكِهَا أَوْ نَائِبِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ ، أَنَّهُ مُقَرِّطٌ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) فِي الْفُرُوعِ ٤/٤٨٢ : « ضَمِنَهَا » .

(٢) الْمَغْنَى ٩/٢٦١ .

فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَإِلَّا دَفَعَهَا إِلَى
الْحَاكِمِ .

٢٤٤٣ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا)
إِذَا أَرَادَ السَّفَرُ بِهَا وَقَدْ نَهَاها صَاحِبُهَا عَنْهُ ، ضَمِنَهَا ؛ لِمُخَالَفَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَهَ ،
[١٥٤/٥ ط] لَكِنَّ الطَّرِيقَ مَخُوفٌ ، أَوِ الْبَلَدَ الَّذِي يُسَافِرُ إِلَيْهِ مَخُوفٌ ،
ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَهُ السَّفَرُ بِهَا . نَصٌّ
عَلَيْهِ أَحْمَدُ . سِوَاءُ كَانَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى السَّفَرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ
الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ سَافَرَ بِهَا مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
كَانَ السَّفَرُ مَخُوفًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَقَلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ،
كَأَنَّ لَوْ نَقَلَهَا إِلَى الْبَلَدِ ، وَلِأَنَّهُ سَافَرَ بِهَا سَفَرًا غَيْرَ مَخُوفٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ

و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ الصَّوَابُ .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ السَّفَرُ بِهَا ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَلَمْ يَنْتَهَ عَنْهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَاجْتِثَارُهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ
« النَّظْمِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ .

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ظَاهِرُ قَوْلِهِ : فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ ، إِنْ كَانَ أَحْفَظَ
لَهَا . أَنَّ لَهُ السَّفَرَ بِهَا بِشَرْطِهِ ، وَلَا يَضْمَنُ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » : إِذَا سَافَرَ بِهَا ، ضَمِنَ .
الثَّانِي ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ إِذَا اسْتَوَى عِنْدَهُ الْأَمْرَانِ ، فِي الْخَوْفِ مَعَ الْإِقَامَةِ
وَالسَّفَرِ ، أَنَّهُ لَا يَحْمِلُهَا مَعَهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَظَاهِرُ النَّصِّ . قُلْتُ : وَهُوَ

يَجِدُ أَحَدًا يَدْعُهَا عِنْدَهُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى سَافَرَ بِهَا
مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى مَالِكِهَا أَوْ وَكَيْلِهِ فِيهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ مُفَرِّطٌ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛
لأنَّهُ يُفَوِّتُ عَلَى صَاحِبِهَا إِمْكَانَ اسْتِرْجَاعِهَا ، وَيُخَاطِرُ بِهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ

ظَاهِرُ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ فِي « الْمُبْهَجِ » : لَا يُسَافِرُ
بِهَا إِلَّا إِذَا كَانَ الْغَالِبُ السَّلَامَةَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُ حَمْلُهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، جَوَازُ السَّفَرِ بِهَا مَشْرُوطٌ بِمَا إِذَا لَمْ يَنْتَهَ عَنْ حَمْلِهَا مَعَهُ ، فَإِنْ
نَهَاهُ ، امْتَنَعَ ، وَضَمِنَ ، إِنْ خَالَفَ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ السَّفَرُ بِهَا لِعُذْرٍ^(٢) ؛ كَجَلَاءِ
أَهْلِ الْبَلَدِ ، أَوْ هُجُومِ عَدُوٍّ ، أَوْ حَرْقٍ ، أَوْ غَرَقٍ ، فَلَا ضَمَانَ . وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ
بِالتَّرَكِّ ؟ تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَأَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ يَضْمَنُ ، إِذَا تَرَكَ فِعْلَ
الْأَصْلَحِ وَالْحَالَةِ هَذِهِ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَوْدَعَ مُسَافِرًا فَسَافَرَ^(٣) بِهَا وَتَلَفَتْ بِالسَّفَرِ ، فَلَا
ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمِنْهَا ، لَوْ هَجَمَ قُطَاعُ الطَّرِيقِ عَلَيْهِ ، فَالْقَى الْمَتَاعَ ؛ إِخْفَاءً لَهُ ،
وَضَاعَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمِنْهَا ، لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ . ذَكَرَهُ
الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَيَتَوَجَّهُ فِيهِ كَنْظَائِرُهُ ، وَيَلْزَمُهُ مُؤَنَّتُهُ .
وَفِي مُؤَنَّةٍ رَدٌّ مَنْ بَعَدَ خِلَافًا فِي « الْإِنْتِصَارِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٢٦١/٩ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي ط : « فَسَارَ » .

قال : « المُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلْتٍ ، إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ » ^(١) . أى على هلاكٍ . ولا يَلْزَمُ مِنَ الْإِذْنِ فِي إِمْسَاكِهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَتَضَمَّنُ هَذَا الْخَطَرَ وَلَا يُفَوِّتُ إِمْكَانَ رَدِّهَا عَلَى صَاحِبِهَا الْإِذْنَ فِيمَا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ . فَأَمَّا مَعَ غَيْبَةِ الْمَالِكِ «وَوَكِيلَهُ» ، فله السَّفَرُ بِهَا إِذَا كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُوَضِّعُ حَاجَةٍ فَيَخْتَارُ مَا فِيهِ الْحَظُّ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ شَيْخُنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ .

٢٤٤٤ - مسألة : فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا وَلَا وَكِيلَهُ ، فَلَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، سَوَاءٌ كَانَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى السَّفَرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِإِمْسَاكِهَا ، فَلَا يَلْزَمُهُ اسْتِدَامَتُهُ ، وَالْحَاكِمُ يَقُومُ مَقَامَ صَاحِبِهَا عِنْدَ غَيْبَتِهِ . فَإِنْ أَوْدَعَهَا مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْحَاكِمِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْحَاكِمِ لَا وَلَايَةَ

قوله : وَإِلَّا دَفَعَهَا إِلَى الْحَاكِمِ . يَعْنِي ، إِذَا خَافَ عَلَيْهَا بِحَمْلِهَا ، وَلَمْ يَجِدْ مَالِكَهَا وَلَا وَكِيلَهُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : قَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : يَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى ثِقَةٍ . حَكَاهُ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَذَكَرَهُ الْحَلَوَانِيُّ رَوَايَةً . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ خَافَ عَلَيْهَا ، أَوْدَعَهَا حَاكِمًا أَوْ أَمِينًا ، وَقِيلَ : لَا تُؤَدَّعُ . انْتَهَى . قُلْتُ : الصَّوَابُ هُنَا أَنْ يُرَاعِيَ الْأَصْلَحَ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، أَوْ الثَّقَةِ ، فَإِنْ اسْتَوَى الْأَمْرَانِ ، فَالْحَاكِمُ .

(١) انظر الكلام عليه في ٨٠/١٤ .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ وَكِيلَهُ » .

فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثِقَةً ، أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، وَإِنْ دَفَنَهَا وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا أَحَدًا ، أَوْ أَعْلَمَ بِهَا مَنْ لَا يَسْكُنُ الدَّارَ ، ضَمِنَهَا .

له . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ إِيدَاعُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ أَخْفَظَ لَهَا وَأَحَبُّ إِلَى صَاحِبِهَا . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَأَوْدَعَهَا ثِقَةً ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَضْمَنْهَا ، ثُمَّ تَأَوَّلَ كَلَامَهُ عَلَى أَنَّهُ أَوْدَعَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، أَوْ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْحَاكِمِ .

٢٤٤٥ - مسألة : (فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثِقَةً ، أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، فَإِنْ دَفَنَهَا وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا أَحَدًا ، أَوْ أَعْلَمَ بِهَا مَنْ لَا يَسْكُنُ الدَّارَ ، ضَمِنَهَا) إِذَا دَفَنَهَا فِي مَوْضِعٍ ، وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَدُهُ عَلَى الْمَوْضِعِ ، وَكَانَتْ مِمَّا لَا يَضُرُّهَا الدَّفْنُ ، فَهُوَ كَأَيْدَاعِهَا عِنْدَهُ ،

فائدة : الْوَدَائِعُ الَّتِي جُهِلَ مُلَّاكُهَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِدُونِ حَاكِمٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَكَذَا إِنْ قُفِدَ ، وَلَمْ يُطَّلَعْ عَلَى خَبَرِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَرَثَةٌ ، يَتَصَدَّقُ بِهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَعْتَبَرْ حَاكِمًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ إِذْنُ الْحَاكِمِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْعُصْبِ ، وَآخِرِ الرُّهْنِ . وَيَلْزَمُ الْحَاكِمَ قَبُولُ الْوَدَائِعِ ، وَالْعُصْبِ ، وَذَيْنِ الْغَائِبِ ، وَالْمَالِ الضَّائِعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : الْأَصَحُّ الزُّوْمُ فِي قَبُولِ الْوَدِيعَةِ ، وَالْعُصْبِ ، وَالذَّيْنِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ« الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ - يَعْنِي ، إِذَا تَعَذَّرَ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ - أَوْدَعَهَا ثِقَةً .

الشرح الكبير

وإن لم يُعْلَمَ بها أحدًا ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَمُوتَ فِي سَفَرِهِ فَلَا تَصِلُ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَرُبَّمَا نَسِيَ مَكَانَهَا ، أَوْ أَصَابَهَا آفَةٌ مِنْ هَذَمٍ أَوْ حَرْقٍ أَوْ غَرَقٍ ، فَتَضَيُّعٌ . وَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا غَيْرَ ثِقَةٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لَأَنَّهُ رُبَّمَا أَخَذَهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً لَا يَدُلُّهُ عَلَى الْمَكَانِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يُودِعْهَا إِيَّاهُ ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِفَاطِ بِهَا .

فصل : وَإِنْ حَضَرَهُ الْمَوْتُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ السَّفَرِ ، عَلَى مَا مَضَى

الإنصاف

هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : دَفَعَهَا ^(١) إِلَى ثِقَةٍ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّعِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّعِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْخَوَارِصِ » ، وَ « الْقَاضِي وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا تُؤَدَّغُ لَغَيْرِ الْحَاكِمِ . وَقُطِّعَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى غَيْرِ الْحَاكِمِ لِعُذْرِهِ أَوْ غَيْرِ عُذْرِهِ . ثُمَّ أَوَّلَ ذَلِكَ عَلَى الدَّفْعِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ ، أَوْ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحَاكِمِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلِ النَّصُّ صَرِيحٌ فِي ذَلِكَ . وَذَكَرَهُ . وَقِيلَ : لَا تُؤَدَّغُ مُطْلَقًا . وَنَقَلَهُ الْأَثَرُ نَصًّا . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَنَصُّهُ مَنَعُهُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَدَّمُهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » . وَقَالَ فِي « النَّوَادِرِ » : وَأُطْلِقَ أَحْمَدُ الْإِيدَاعَ عِنْدَ غَيْرِهِ لَخَوْفِهِ عَلَيْهَا ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْمُقِيمِ لَا الْمُسَافِرِ .

فائدة : حُكْمُ مَنْ حَضَرَهُ الْمَوْتُ حُكْمُ مَنْ أَرَادَ سَفَرًا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَحْكَامِهِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « دَفَعَهُ » .

وإن تعدى فيها ، فركب الدابة لغير نفعها ، وليس الثوب ، وأخرج
المنع الدراهم لينفقها ، ثم ردّها ،
.....

من أحكامه ، إلا في أخذها معه ؛ لأن كل واحدٍ منهما سبب لخروجها
الشرح الكبير عن يده .

٢٤٤٦ - مسألة : (وإن تعدى فيها ، فركب الدابة لغير نفعها ،

إلا في أخذها معه . الإنصاف

قوله : أو دفنتها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار . يعنى ، إذا تعدر دفعها إلى
الحاكم ، فهو بالخيار بين دفعها إلى ثقة ، وبين دفنها وإعلام ثقة يسكن تلك الدار
بها . قال الحارثي : وقاله القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقطع به في
« الشرح » ، و « شرح ابن منجي » . قال في « الفروع » : وإن دفنتها بمكان ،
وأعلم بها ساكنه ، فكإيداعه . وقال في « الرعاية الصغرى » [٢ / ٢١٨ ظ] ،
و « الحاوى الصغير » ، و « الفائق » : ولو دفنتها بمكان ، وأعلم الساكن ، فعلى
وجهين . وقيل : إعلامه كإيداعه . انتهوا . وأطلق في ضمانها ، إذا دفنتها وأعلم
بها ثقة ، وجهين في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب ، أنه إذا تبرم بالوديعة ،
فليس له الدفع إلى غير المودع أو وكيله ؛ سواء قدر عليهما أو لا ، وسواء الحاكم
وغيره ، وهو كذلك . ونص على المنع من إيداع الغير . واختاره القاضي ، وابن
عقيل ، وغيرهما . وقدمه الحارثي . وقال في « الكافي » : إن لم يجد المالك ، دفع
إلى الحاكم . واختاره صاحب « التلخيص » .

قوله : وإن تعدى فيها ، فركب الدابة لغير نفعها ، وليس الثوب ، وأخرج

أَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا .

المقنع

الشرح الكبير

وَلَيْسَ الثَّوْبُ (أَوْ أَخَذَ الْوَدِيعَةَ لِيَسْتَعْمِلَهَا ، أَوْ لِيُخَوِّنَ^(١)) فِيهَا (ثُمَّ رَدَّهَا) إِلَى مَوْضِعِهَا بِنِيَّةِ الْأَمَانَةِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِتَعَدِّيهِ ، وَلَمْ يَزُلْ عَنْهُ الضَّمَانُ بِرَدِّهَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّهُ مُمَسِّكٌ لَهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ التَّعَدِّي . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمِنَهَا بِعُدْوَانٍ فَبَطَلَ الْإِسْتِثْمَانُ ، كَمَا لَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، وَبِهَذَا يُبْطَلُ مَا ذَكَرَهُ .

٢٤٤٧ - مسألة : فَإِنْ (جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا) فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ بِجَحْدِهَا خَرَجَ عَنِ الْإِسْتِثْمَانِ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَزُلْ عَنْهُ

الإنصاف

الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا - أَوْ لَشَهْوَةِ رُؤْيَيْهَا - ثُمَّ رَدَّهَا أَوْ جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا - وَكَذَا لَوْ حَلَّه - ضَمِنَهَا . إِذَا تَعَدَّى فِيهَا ، ففَعَلَ مَا ذَكَرَ غَيْرَ جُحُودِهَا ، ثُمَّ إِقْرَارُهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْفَاتِقِ » : وَنَقَلَ الْبَعْوِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ ، إِذَا أَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا ، أَوْ لَشَهْوَةِ رُؤْيَيْهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا . اخْتَارَهُ ابْنُ الزَّائِغُونِيِّ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنُ ، إِذَا كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا ، أَوْ حَلَّه . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَا يَعُودُ عَقْدُ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ عَقْدٍ مُتَّجِدٍ . وَأَمَّا إِذَا جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَضْمَنُهَا مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِقِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَالَ : وَنَقَلَ الْبَعْوِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ .

(١) فِي م : « لِيُخَوِّنَ » .

أَوْ كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا ، أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا ، ..

الضَّمانُ بالإقرارِ بها ؛ لأنَّ يَدَهُ صارت يَدَ عُدْوَانٍ .

٢٤٤٨ - مسألة : فإن (كَسَرَ خَتَمَ كَيْسِهَا) أو كانت مَشْدُودَةً فَحَلَّ الشَّدُّ ، ضَمِنَ ، سِوَاءَ أُنْخَرَجَ مِنْهَا شَيْءٌ أَوْ لَمْ يُخْرَجْ ؛ لِأَنَّهُ هَتَكَ الْجِرْزَ بِفِعْلٍ تَعَدَّى بِهِ . فَإِنْ خَرَقَ الْكَيْسَ فَوْقَ الشَّدِّ ، فَعَلِيهِ ضَمَانٌ مَا خَرَقَ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَا هَتَكَ الْجِرْزَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا كَسَرَ خَتَمَ الْكَيْسِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانُ الْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَتَكَ جِرْزَهَا ، فَضَمِنَهَا إِذَا تَلَفَتْ ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا فِي صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ ، فَفَتَحَهُ وَتَرَكَهُ مَفْتُوحًا ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ فِي غَيْرِ الْخَتَمِ .

٢٤٤٩ - مسألة : وإن (خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا) إِذَا خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ [١٥٥/٥ ظ] مِنْهُ مِنْ مَالِهِ أَوْ مَالٍ غَيْرِهِ ، ضَمِنَهَا ، سِوَاءَ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا ، أَوْ أَجُودَ مِنْ جِنْسِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا ، مِثْلَ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ بِدَرَاهِمَ ، أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ ، كَالزَّيْتِ بِالزَّيْتِ أَوْ

قوله : أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » : وَمَعَ عَدَمِ التَّمْيِيزِ ، يَضْمَنُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَ« الْفَاتِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : ظَاهِرُ نَقْلِ الْبَعَوِيِّ ، لَا يَضْمَنُ . وَلَمْ يَتَأَوَّلْهُ فِي « النُّوَادِرِ » . وَذَكَرَهُ الْحَلَوَانِيُّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَنْثُورِ » عَنْ أَحْمَدَ ، قَالَ : لِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمَالِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُبْهَجِ » فِي

الشرح الكبير

السَّئِنِ أَوْ بغيرِهِ . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ القاسمِ : إن خَلَطَ دَرَاهِمَ بَدْرَاهِمَ عَلَى وَجْهِ الْجِرْزِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، لَا يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّهَا إِلَّا نَاقِصَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَلَطَهَا بِمَالِهِ خَلَطًا لَا يَتَمَيَّزُ ، فَوَجَبَ أَنْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ خَلَطَهَا بِدُونِهَا ، وَلِأَنَّهُ إِذَا خَلَطَهَا بِمَا لَا يَتَمَيَّزُ ، فَقَدْ قَوَّتْ عَلَى نَفْسِهِ إِمْكَانَ رَدِّهَا ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَلْقَاهَا فِي لُجَّةِ بَحْرٍ . فَإِنْ أَمَرَهُ صَاحِبُهَا بِخَلَطِهَا بِمَالِهِ أَوْ بغيرِهِ ، ففَعَلَ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَهُ بِهِ ، فَكَانَ نَائِبًا عَنِ الْمَالِكِ فِيهِ . وَقَدْ نَقَلَ مُهْتَابُ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، وَاسْتَوْدَعَهُ آخَرُ عَشْرَةَ ، وَأَمَرَاهُ^(١) أَنْ يَخْلِطَهَا ، فَخَلَطَهَا ، فَضَاعَتْ الدَّرَاهِمُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَمَرَهُ أَحَدُهُمَا بِخَلَطِ دَرَاهِمِهِ ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ الْآخَرُ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُ دَرَاهِمِ مَنْ لَمْ يَأْمُرْهُ دُونَ الْآخَرِ . وَإِنْ اخْتَلَطَتْ هِيَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ مِنْهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ . وَإِنْ خَلَطَهَا غَيْرُهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ خَلَطَهَا ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ مِنْهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَهَا .

الإنصاف

الْوَكِيلِ ، كَوَدِيعَتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا يَضْمَنْ بِخَلَطِ التَّقْوِدِ . وَنَقَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ الْبَغَوِيُّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، لَوْ تَلَفَ بَعْضُ الْمُخْتَلِطِ بِغَيْرِ عُدْوَانٍ ، جُعِلَ التَّلَفُ كُلُّهُ مِنْ مَالِهِ ، وَجُعِلَ الْبَاقِي مِنَ الْوَدِيعَةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ .
فائدة : لَوْ اخْتَلَطَتِ الْوَدِيعَةُ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، ثُمَّ ضَاعَ الْبَعْضُ ، جُعِلَ مِنْ مَالِ الْمُودَعِ

(١) فِي م : دَرَاهِمُهُ .

المقنع وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّيزٍ ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير

٢٤٥٠ - مسألة : (وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّيزٍ ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيهَا ، لَمْ يَضْمَنْ) أَمَّا إِذَا خَلَطَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، مِثْلَ أَنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَدَنَائِيرَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهَا تَتَمَيَّزُ مِنْهَا ، فَلَا يَعْجِزُ بِذَلِكَ عَنْ رَدِّهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا فِي صُنْدُوقٍ فِيهِ أَكْيَاسٌ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا خَلَطَ بَيْضًا بِسُودٍ . وَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ خَلَطَ دَرَاهِمَ بَيْضًا بِسُودٍ : يَضْمَنْهَا . وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ لَكَوْنِهَا تَكْتَسِبُ مِنْهَا سَوَادًا ، وَيَتَغَيَّرُ لَوْنُهَا ، فَتَنْقُصُ قِيَمَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لَيْسَقِيهَا أَوْ يَغْلِفُهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ رُكُوبَهَا لِذَلِكَ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرْفًا وَشَرْعًا ، لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي سَقِيهَا ، كَمَا^(١) أُذِنَ لَهُ فِي غَلْفِهَا ، وَالْعَادَةُ أَنَّ مَنْ يَسْقِيهَا يَرْكَبُهَا ، فَلَا إِذْنَ فِي السَّقْيِ إِذْنٌ فِي الرُّكُوبِ [١٥٦/٥] الْمُعْتَادِ ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ لَوْ كَيْلَهُ : اسْقِ الدَّابَّةَ . فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ : أَرْكَبْهَا لَهُ .

الإنصاف

فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . ذَكَرَهُ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » أَنَّهُمَا يَصِيرَانِ شَرِيكَيْنِ . قَالَ الْمَجْدُ : وَلَا يَنْعَدُ عَلَى هَذَا ، أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِكُلِّ مَنِمَا . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعِشْرِينَ » .

قوله : وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمِّيزٍ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنْ . وَحَمَلَهَا الْمُصَنِّفُ عَلَى نَقْصِهَا بِالْخَلْطِ .

(١) بعده في م : « لَوْ » .

وَأِنْ أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ [١٤٦ ظ] الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ .
وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ .

الشرح الكبير

٢٤٥١ - مسألة : (وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ) اختاره الخِرَقِيُّ (وعنه ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ أَوْدَعَ شَيْئًا فَأَخَذَ بَعْضَهُ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ مَا أَخَذَ ؛ لِتَعَدِّيهِ ، فَإِنْ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، لَمْ يَزُلِ الضَّمَانُ^(١) عنه . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : لا ضَمَانٌ عَلَيْهِ إِذَا رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إِنْ لَمْ يُنْفِقْ مَا أَخَذَهُ ، («رَدَّهُ») ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ أَنْفَقَهُ ثُمَّ رَدَّهُ أَوْ مِثْلَهُ ، ضَمِنَ . ولنا ، أَنَّ الضَّمَانَ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ بِالْأَخْذِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ قَبْلَ رَدِّهِ ضَمِنَهُ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ كَالْمَغْضُوبِ . فَأَمَّا سَائِرُ الْوَدِيعَةِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الدَّرَاهِمُ فِي كَيْسٍ ، أَوْ كَانَتْ فِي كَيْسٍ غَيْرِ مَشْدُودٍ ، أَوْ كَانَتْ ثِيَابًا

الإنصاف

قوله : وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ . هذا الصحيح من المذهب ، نصٌّ عليه . وجزم به الخِرَقِيُّ ، وصاحبُ «التَّعْلِيلِ» ، و«الفُصُولِ» ، و«المُعْنَى» ، و«الكافي» ، و«المُحَرَّرِ» ، و«الشَّرْحِ» ، و«الْوَجِيزِ» ، وغيرُهم . وهو عجيبٌ من الشَّارِحِ ؛ إِذِ الْكِتَابُ الْمَشْرُوعُ حَكَى الْخِلَافَ ، لَكِنَّهُ تَبَعَ «المُعْنَى» . وصحَّحه في «الفروع» وغيره . وعنه ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ . وأُطْلِقَهُمَا فِي «التَّلْخِصِ» ، و«الفائِقِ» . وقيل : يَضْمَنُهُ وَحْدَهُ ، إِنْ لَمْ يَفْتَحِ الْوَدِيعَةَ . وقيل : لا يَضْمَنُ شَيْئًا .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في الأصل : « رده » .

المقنع **وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ الْجَمِيعَ ، وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يَضْمَنَ غَيْرُهُ .**

الشرح الكبير فأخذ منها واحدًا ثم رده بعينه ، لم يضمن غيره ؛ لأنه لم يتعد في غيره . وكذلك إن ردد بده متميزًا ؛ لما ذكرنا . وإن لم يكن متميزًا ، فظاهر كلام الخرقى أنه (لا يضمن غيره) لأن التعدى اختص به ، فاختص الضمان به ، وخلط المرؤود بغيره لا يقتضى ضمان الجميع ؛ لأنه يجب رده معها ، فلم يفوت على نفسه إمكان ردها ، بخلاف ما إذا خلطه بغيره . ولو أذن له صاحب الوديعة في الأخذ منها ، ولم يأمره برده بده ، فأخذ ثم ردد بدل ما أخذ ، فهو كردد بدل ما لم يؤذن في أخذه . وقال القاضى : يضمن الكل . وهو قول الشافعى ؛ لأنه خلط الوديعة بما لا تتميز منه ، فضمن الكل ، كما لو خلطها بغير البدل . وقد ذكرنا فرقًا بين البدل وغيره ، فلا يصح القياس . وإن كانت الدراهم فى كيس مختوم أو مشدود ، فكسر الختم أو حل الشد ، ضمنها ، وقد ذكرناه .

الإنصاف قوله : وإن ردد بده متميزًا ، فكذلك . يعنى ، أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه . جزم به فى « الفصول » ، و « الفروع » ، و « شرح ابن منجى » ، وغيرهم . وكذا الحكم لو أذن صاحبها له فى الأخذ منها ، فأخذ ثم ردد بده بلا إذنه .

قوله : وإن كان غير متميز ، ضمن الجميع - وهو المذهب . جزم به فى « المجرد » ، و « الفصول » ، و « التلخيص » ، وغيرهم . وقدمه فى

فصل : وإذا ضَمِنَ الْوَدِيعَةَ بِالْإِسْتِعْمَالِ أَوْ بِالْجَحْدِ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، زَالٍ عَنْهُ الضَّمَانُ ، فَإِنْ رَدَّهَا صَاحِبُهَا إِلَيْهِ ، فَهُوَ ابْتِدَاءُ اسْتِئْثَانٍ ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَيْهِ ، وَلَكِنْ جَدَّدَ لَهُ الْإِسْتِئْثَانُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الضَّمَانِ ، بَرِئَ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ [١٥٦/٥ ط] حَقُّهُ ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ بَرِئَ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِذَا جَدَّدَ لَهُ اسْتِئْثَانًا ، فَقَدْ انْتَهَى الْقَبْضُ الْمَضْمُونُ بِهِ ، فزَالِ الضَّمَانُ . وَقَدْ قَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا رَهَنَ الْمَغْضُوبُ عِنْدَ الْغَاصِبِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ عِنْدَهُ ، زَالٍ عَنْهُ ضَمَانُ الْغَضَبِ . فَهِيَ أَوْلَى .

« الْفُرُوعِ » - وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ غَيْرَهُ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيلِ » ، وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَحُكِيَ عَنْهُ مِنْ رِوَايَةِ الْأَثَرِ ، أَنَّهُ أَنْكَرَ الْقَوْلَ بِتَضْمِينِ الْجَمِيعِ ، وَأَنَّهُ قَالَ : هُوَ قَوْلٌ سَوِيٌّ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَقَالَ : هُوَ الْمَذْهَبُ . وَمَالَ إِلَيْهِ فِي « الْمُعْنَى » . وَأَطْلَقَ الرَّوَابِيتَيْنِ فِي « الْمُحَرَّرِ » . فَعَلِيَ الرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، إِنْ لَمْ يَذَرِ أَيُّهُمَا ضَاغٌ ، ضَمِنَ . نَقَلَهُ الْبَغَوِيُّ ، وَذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

فائدة : لو كان الدَّرْهَمُ أَوْ بَدْلُهُ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، وَتَلَفَ نِصْفُ الْمَالِ ، فَقِيلَ : يَضْمَنُ نِصْفَ دِرْهَمٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِاخْتِمَالِ بَقَاءِ الدَّرْهَمِ أَوْ بَدْلِهِ ، وَلَا يَجِبُ مَعَ الشُّكِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

تنبيهات ؛ الأول ، قال الزُّرْكَشِيُّ : إذا رَدَّ بَدَلَ ما أَخَذَ ، فللأَصْحَابِ في ذلك طَرُقٌ ؛ أَحَدُها ، لا يَلْزَمُهُ إِلَّا مِقْدَارُ ما أَخَذَ ؛ سواءَ كانَ البَدَلُ مُتَمَيِّزًا أو غيرَ مُتَمَيِّزٍ . وهذا مُقْتَضَى [٢١٩/٢ ر] كلامِ الخِرَقِيِّ ، وبه قَطَعَ القاضِي في « التَّعْلِيْقِ » ، وذكر أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عليه في رِوَايَةِ الجُمَاعَةِ . وأنكَرَ في رِوَايَةِ الأَثَرِمِ على مَنْ يَقُولُ بِتَضْمِينِ الجميعِ . الطَّرِيقُ الثَّانِي ، إنَّ تَمَيِّزَ البَدَلِ ، ضَمِنَ قَدْرَ ما أَخَذَ فَقَطْ ، وإنَّ لم يَتَمَيَّزْ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ . وهى طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ في « الْمُغْنَى » ، و « الكافي » ، والمَجْدِ . الطَّرِيقُ الثَّالِثُ ، في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ فِيهِمَا . وهى ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ في « الْهَدَايَةِ » . الطَّرِيقُ الرَّابِعُ ، إنَّ تَمَيِّزَ البَدَلِ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ ، وإنَّ لم يَتَمَيَّزْ ، ضَمِنَ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . قاله في « التَّلْخِصِ » . وَيَقْرُبُ مِنْهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ في « الْمُقْنِعِ » ، وكَلَامُ القاضِي على ما حَكَاهُ في « الْمُغْنَى » . وبِالْجُمْلَةِ ، هذه الطَّرِيقَةُ ، وإنَّ كَانَتْ حَسَنَةً ، لَكِنَّهَا مُخَالَفَةٌ لِنُصُوصِ أَحْمَدَ . انتهى . الثَّانِي ، شَرَطَ القاضِي في « الْمُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الْخَطَّابِ ، وأبو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وَالشَّارِحُ ، وجماعةٌ ، أَنَّ تَكُونَ الدَّرَاهِمُ ونحوُها غيرَ مَخْتُومَةٍ ولا مُشْدُودَةٍ ، فلو كَانَتْ كَذَلِكَ ، فَحَلَّ الشَّدُّ ، أو فَكَّ الخَتَمِ ، ضَمِنَ الجميعُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قال القاضِي في « التَّعْلِيْقِ » : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْأَصْحَابِ ، مِمَّا إِذَا فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرٍ ، فَطَارَ . وقاله أَبُو الْخَطَّابِ في « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » . قال الْحَارِثِيُّ : ولا يَصِحُّ هَذَا الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ الْفَتْحَ عَنِ الطَّائِرِ إِضَاعَةٌ لَهُ ، فَهُوَ كَحَلِّ الزَّقِّ . وَنَقَلَ مُهْنًا ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا ما أَخَذَ . قال في « التَّلْخِصِ » : وَرَوَى الْبَغَوِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ما يَدُلُّ على ذَلِكَ ، وَيَتَّبِعِي على ذَلِكَ ، لو خَرَقَ الْكِيسَ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ فَوْقِ الشَّدِّ ، لم يَضْمَنُ إِلَّا الْخَرَقَ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ تَحْتِ الشَّدِّ ، ضَمِنَ الجميعُ ، على الْمَشْهُورِ

وَأِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ . المقنع

٢٤٥٢ - مسألة : (وإن أودعه صبيٌّ ودِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، ولم يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِدَاعُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنْ أَوْدَعَ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُوَّةٌ إِنْسَانًا وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا بِقَبْضِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ شَرْعِيٍّ ، أَشْبَهَ مَالَهُ غَضَبَهُ ، وَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنْهُ بِرَدِّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِدَفْعِهَا إِلَى وَلِيِّهِ النَّاطِرِ فِي مَالِهِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، الشرح الكبير

عند الأصحاب . قاله الزُّرْكَاشِيُّ . الثَّلَاثُ ، قُوَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ تَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِمَجَرَّدِ نِيَّةِ التَّعَدَّى ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ فِعْلٍ أَوْ قَوْلٍ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَقْطُوعُ بِهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهُ يَضْمَنُ بِالنِّيَّةِ ؛ لِاقْتِرَانِهَا بِالْإِنْسَانِ ، وَهُوَ فِعْلٌ كَمُلْتَقِطِ نَوَى التَّمَلُّكِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي « التَّرْغِيبِ » ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحَكَى الْقَاضِي فِي « تَعْلِيْقِهِ » وَجْهًا بِالضَّمَانِ . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : وَقَدْ يَنْبَنِي هَذَا الْوَجْهُ ، عَلَى أَنَّ الَّذِي لَا يُؤْخَذُ بِهِ هُوَ الْهَمُّ ، أَمَّا الْعَزْمُ ، فَيُؤْخَذُ بِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . انْتَهَى . وَتَأْتِي مَسْأَلَةُ اللَّقْطَةِ فِي بَابِهَا ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا .

قوله : وإن أودعه صبيٌّ ودِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، ولم يَرَأِ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ . إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ غَيْرَ مُمَيَّزٍ ، فَالْحُكْمُ كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَكَذَا إِنْ كَانَ مُمَيَّزًا ، وَلَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ . وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ ، صَحَّ إِدَاعُهُ فِيمَا أُذِنَ لَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ .

فائدة : لو أَخَذَ الْوَدِيعَةَ مِنَ الصَّبِيِّ تَخْلِيصًا لَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، عَلَى وَجْهِ الْحِسْبَةِ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ، كَالْمِلْكِ الضَّائِعِ إِذَا حَفِظَهُ

المقنع **وَإِنْ أُوذِعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ أَتْلَفَهَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَقَالَ الْقَاضِي : يَضْمَنْ .**

الشرح الكبير صَحَّ إِيْدَاعُهُ لِمَا أُذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَالِغِ ^(١) بِالنِّسْبَةِ إِلَى ذَلِكَ . فَإِنْ خَافَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَأْخُذْهُ مِنْهُ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِأَخْذِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ تَخْلِيصِهِ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَوْ وَجَدَهُ فِي سَبِيلٍ فَأَخْرَجَهُ مِنْهُ .

٢٤٥٣ - مسألة : (وَإِنْ أُوذِعَ الصَّبِيُّ) أَوْ الْمَعْتُوَّة (وَدِيعَةً ، فَتَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ) فَإِنْ أَتْلَفَهَا ، أَوْ أَكَلَهَا ، ضَمِنَهَا فِي قَوْلِ الْقَاضِي ، وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ : لَا ضَمَانَ

الإِنصاف لصاحِبِهِ . وَهُوَ الْأَصَحُّ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ . قَالَ : وَهَكَذَا يُخْرَجُ إِذَا أَخَذَ الْمَالَ مِنَ الْغَاصِبِ تَخْلِيصًا ؛ لِيَرُدَّهُ إِلَى مَالِكِهِ . انْتَهَى . وَاقْتَصَرَ الْحَارِثِيُّ عَلَى حِكَايَةِ كَلَامِهِ ، وَقَدَّمَ مَا صَحَّحَهُ فِي « التَّلْخِيصِ » فِي « الرِّعَايَةِ » ، ^(٢) وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ^(٣) .

قوله : وَإِنْ أُوذِعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوَّة . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي أَوَّلِ بَابِ الْحَجَرِ .

قوله : وَإِنْ أَتْلَفَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « كَالْبَالِغِ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : أ .

عليه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه سَلَطَهُ على إِتْلَافِها بدَفْعِها إليه ، فلا يَلْزَمُهُ .
 ألا تَرَى أَنَّهُ لو دَفَعَ إلى صَغِيرٍ سَكِينًا ، فَوَقَعَ عليها ، كان ضَمَانُهُ على عَاقِلَتِهِ ؟
 ولنا ، أَن ما ضَمِنَ بِإِتْلَافِهِ قَبْلَ الإِيداعِ ، ضَمِنَهُ بَعْدَ الإِيداعِ ، كالْبَالِغِ .
 ولا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ سَلَطَهُ على إِتْلَافِها . وَإِنَّمَا اسْتَحْفَظَهُ إِيَّاهَا ، وَفَارَقَ
 دَفَعَ السُّكَيْنِ ، فَإِنَّهُ سَبَبٌ لِلإِتْلَافِ ، وَدَفْعُ الْوَدِيعَةِ بِخِلَافِهِ .

في « الهداية » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » : وقال غيرُ القاضى مِنَ
 أَصْحَابِنَا : لَا يَضْمَنُ . انتَهوا . قال الحارِثِيُّ : قال ابنُ حامِدٍ : هذا قِيَاسُ المَذْهَبِ .
 وإليه صارَ القاضى آخِرًا ، وَذَكَرَهُ وَلَدُهُ أَبُو الحُسَيْنِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ القاضى في
 « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » سِوَاهُ . وكذا القاضى أَبُو الحُسَيْنِ ، وَأَبُو الحَسَنِ ابْنُ
 بَكْرٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو أَصَحُّ عِنْدِي . وَقَدَّمَهُ في « الْخُلَاصَةِ » . وقال
 القاضى : يَضْمَنُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قال الحارِثِيُّ : وَاخْتَارَهُ أَبُو عَلِيٍّ
 ابْنُ شِهَابٍ ، وَلَمْ يُورِدِ الشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ؛ وَأَبُو المَوَاهِبِ الحُسَيْنُ
 ابْنُ مُحَمَّدٍ العُكْبَرِيُّ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ الحَسَنِ الحِذَّادُ ، سِوَاهُ . انتهى . وَصَحَّحَهُ
 النَّاطِظُ . وهذا المَذْهَبُ ، على ما اضْطَلَعْنَا . وَأَطْلَقَهُمَا في « المَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ
 الذَّهَبِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « المُحَرَّرِ » ،
 و « الفُرُوعِ » .

فائدة : المَجْنُونُ كَالصَّبِيِّ . وكذا السَّفِيهُ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ،
 وَجَمَاعَةٍ ، فَنَحْنُ بِإِتْلَافِهِ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ كَالرَّشِيدِ . قَطَعَ بِهِ القاضى
 في « المُجَرَّدِ » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . قال الحارِثِيُّ : وَإِلْحَاقُهُ بِالرَّشِيدِ
 أَقْرَبُ . قلتُ : وهو الصَّوَابُ .

المقنع وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فَأَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٤٥٤ - مسألة : (وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فَأَتْلَفَهَا) خُرَجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّغِيرِ ، إِذَا أَتْلَفَ ^(١) الْوَدِيعَةَ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُ الصَّبِيُّ . كَانَتْ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَضْمَنُ . كَانَتْ فِي رَقَبَتِهِ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فَأَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ . هذا المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبِهِ قَالَ الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ [٢١٩/٢ ظ] ، وَابْنُ بَكْرُسٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . انْتَهَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَضْمَنُهَا فِي ذِمَّتِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَلَنَا وَجْهٌ فِي الْمَذْهَبِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » وَغَيْرِهِ ، بَعْدَ الضَّمَانِ مُطْلَقًا ، تَخْرِيجًا مِنْ مِثْلِهِ فِي الصَّبِيِّ ، وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ .

تنبيه : قِيلَ : إِنْ الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ فِي الْعَبْدِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّبِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَالْقَاضِي ، وَصَاحِبِ « الْفَائِقِ » ، وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » : وَيَضْمَنُ ، وَيَكُونُ فِي رَقَبَتِهِ ؛ سِوَاهُ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، أَوْ مَا ذُوْنَاهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : صَرَّحَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ ، وَهُوَ مُفْتَضَى إِطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ ، كَمَا فِي الْجَنَائَةِ عَلَى النَّفْسِ . انْتَهَى . وَهِيَ طَرِيقَتُهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) فِي م : « تَلَفَتْ » .

فصل : وإذا أودعه شيئاً ، ثم سألَه دَفَعَه إليه في وَقتٍ أَمَكَنَه ذلك ، فلم يَفْعَلْ حتى تَلَفَ ، ضَمِنَه . ولا نَعْلَمُ خِلَافاً في وُجُوبِ رَدِّ الْوَدِيعَةِ على مَالِكِهَا إذا طَلَبَهَا ، فأَمَكَنَ أداؤها إليه بغيرِ ضَرُورَةٍ ، وقد أَمَرَ اللهُ تعالى بذلك ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ^(١) . وقال رسولُ اللهِ ﷺ : [١٥٧/٥] « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ أَيْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » ^(٢) . يَعْنِي عِنْدَ طَلَبِهَا . وَلَأنَّهَا حَقٌّ لِمَالِكِهَا لم يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَ أداؤها إليه ، كَالْمَعْصُوبِ وَالذَّيْنِ الْحَالِّ . فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ دَفْعِهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأنَّهُ صارَ غَاصِباً ، لِأنَّهُ أَمْسَكَ مَالَ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، أَشْبَهَ الْغَاصِبَ . فَأَمَّا إِنْ طَلَبَهَا فِي وَقتٍ لم يُمَكِّنْ دَفْعُهَا ؛ لِبُعْدِهَا ، أَوْ لِمَخَافَةٍ فِي طَرِيقِهَا ، أَوْ لِلْعَجْزِ عَنْ حَمْلِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لم يَكُنْ مُتَعَدِّياً بِتَرْكِ تَسْلِيمِهَا ؛ لِأنَّ اللهَ تعالى لَا يُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا . فَإِنْ تَلَفَتْ لم يَضْمَنْهَا ؛ لِعَدَمِ عُذْوَانِهِ . وَإِنْ قال : أُمْهِلُونِي حَتَّى أَقْضِيَ صَلَاتِي - أَوْ - أَكُلَ ، فَإِنِّي جَائِعٌ - أَوْ - أَنَامَ فَإِنِّي نَاعِسٌ - أَوْ - يَنْهَضِمَ عَنِّي الطَّعَامُ ، فَإِنِّي مُمْتَلِئٌ . أُمْهِلَ بِقَدْرِ ذَلِكَ .

فائدة : المُدَبِّرُ ، والمُكَاتِبُ ، والمُعَلَّقُ عِثْقَهُ على صِفَةٍ ، وأُمُّ الْوَلَدِ ، كَالْقِنْ ، الإِنْصَافُ فيما تَقَدَّمَ . قاله الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ .

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

فصل : وليس على المُستودِعِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ وَحَمْلُهَا إِلَى رَبِّهَا ، إِذَا كَانَتْ مِمَّا لَحْمِلُهَا مُؤْنَةٌ ، قَلَّتِ الْمُؤْنَةُ أَوْ كَثُرَتْ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لِمَنْفَعَةِ مَالِكِهَا عَلَى الْخُصُوصِ ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ الْعَرَامَةُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي حِفْظِهَا فِي مِلْكِ صَاحِبِهَا ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِ التَّمَكُّينُ مِنْ أَخْذِهَا . فَإِنْ سَافَرَ بِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، رَدَّهَا إِلَى بَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّهَا ، فَلَزِمَهُ رَدُّهَا ، كَالْعَاصِبِ .

فصل : إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ ، وَتَبَتَ أَنَّ عِنْدَهُ وَدِيعَةً لَمْ تُوجَدْ بِعَيْنِهَا ، فَهِيَ ذَيْنٌ عَلَيْهِ ، تُعْرَمُ مِنْ تَرَكَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ سِوَاهَا ، فَهِيَ سَوَاءٌ إِنْ وَقَّتْ تَرَكَّتَهُ بِنِهَا ، وَإِلَّا اقْتَسَمَاهَا^(١) بِالْحِصَصِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَدَاوُدُ بْنُ^(٢) أَبِي هِنْدٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَمَسْرُوقٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَأَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ . وَرَوَى عَنِ النَّخَعِيِّ : الْأَمَانَةُ قَبْلَ الدَّيْنِ . وَقَالَ الْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ : الدَّيْنُ قَبْلَ الْأَمَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا حَقَّانِ وَجَبَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَتَسَاوَيَا كَالدَّيْنَيْنِ . وَسَوَاءٌ وَجَدَ فِي تَرَكَّتِهِ مِنْ جَنْسِ الْوَدِيعَةِ أَوْ لَمْ يُوجَدْ . وَهَذَا إِذَا أَقَرَّ الْمُودِعُ أَنَّ عِنْدِي وَدِيعَةً ، أَوْ عَلَى وَدِيعَةٍ لِفُلَانٍ ، أَوْ تَبَتَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مَاتَ وَعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ٢ : « اقْتَسَمَاهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَابْن » .

وَهُوَ دَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدٍ وَاسْمُهُ دِينَارُ بْنُ عِذَافَرِ الْقَشِيرِيِّ . مَوْلَاهُمْ ، مِنْ فُقَهَاءِ التَّابِعِينَ بِالْبَصْرَةِ ، تَوَفَّى سَنَةَ تِسْعٍ وَثَلَاثِينَ وَمِائَةً . طَبَقَاتُ الْفُقَهَاءِ لِلشَّيْخِ رَازِي ، ٩٠ ، تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٠٤/٣ .

فصل : وَالْمُودَعُ أَمِينٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ
وَإِذْنٍ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ، وَيُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ وَتَفْرِيطٍ .

الشرح الكبير

فِي حَيَاتِهِ ، وَلَمْ تَوْجَدْ بَعِيْنَهَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ [١٥٧/٥] هَلْ هِيَ بَاقِيَةٌ عِنْدَهُ أَوْ
تَلَفَتْ ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، وَجُوبُ ضَمَانِهَا ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ يَجِبُ
رَدُّهَا ، إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ سُقُوطُ الرَّدِّ بِالتَّلَفِ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ ،
وَلِأَنَّ الْجَهْلَ بَعِيْنَهَا كَالْجَهْلِ بِهَا ، وَذَلِكَ لَا يُسْقِطُ الرَّدَّ . وَالثَّانِي ، لَا
ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ أَمَانَةٌ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ إِتْلَافِهَا وَالتَّعَدِّي فِيهَا ، فَلَمْ
يَجِبْ ضَمَانُهَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجُوبُ ^(١) الرَّدِّ ، فَيَبْقَى
عَلَيْهِ ، مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُزِيلُهُ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالْمُودَعُ أَمِينٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا
يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ أَوْ تَلَفٍ أَوْ إِذْنٍ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ) إِذَا ادَّعَى الْمُسْتَوْدَعُ
تَلَفَ الْوَدِيعَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ

الإنصاف

قَوْلُهُ : وَالْمُودَعُ أَمِينٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ . يَعْنِي ، مَعَ
يَمِينِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ »
وَغَيْرِهِ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَعَنْهُ ، إِنْ دَفَعَهَا الْمُودَعُ ، بِكُسْرِ الدَّالِ ، إِلَى الْمُودَعِ
بَيِّنَةٍ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الرَّدِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَابْنِ مَنْصُورٍ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا مَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِزْشَادِ » . وَخَرَّجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ

(١) فِي م : « وَجُود » .

مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُودَعَ إِذَا أُحْرَزَ الْوَدِيعَةَ ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهَا ضَاعَتْ ، أَنَّ الْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ إِنْ كَانَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، وَإِنْ كَانَ أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا بِبَيِّنَةٍ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمِينٌ لَا مَنَفْعَةَ لَهُ فِي قَبْضِهَا ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ . وَإِنْ قَالَ : دَفَعْتُهَا إِلَى فُلَانٍ بِأَمْرِكَ . فَأَنْكَرَ مَالِكُهَا الْإِذْنَ فِي دَفْعِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُودَعَ . نَصَّ عَلَيْهِ

عَلَى أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى دَفْعِ الْحَقُوقِ الثَّابِتَةِ بِالْبَيِّنَةِ وَاجِبٌ ، فَيَكُونُ تَرْكُهُ تَفْرِيطًا ، فَيَجِبُ فِيهِ الضَّمَانُ . وَقِيلَ : لَا يَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَ دَعْوَى التَّلْفِ . قَالَ الْخَارِثِيُّ : الْمَذْهَبُ لَا يَحْلِفُ مُدَّعِي الرَّدِّ وَالتَّلْفِ ، إِذَا لَمْ يُتَّهَمَ . وَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ قَرِيبًا بِأَتَمِّ مِنْ هَذَا .

تَنْبِيْهِ : مُحَلٌّ هَذَا إِذَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِذِكْرِ سَبَبِ التَّلْفِ ؛ فَإِنْ أَبْدَى ^(١) سَبَبًا خَفِيًّا ؛ مِنْ سَرَقَةٍ ، أَوْ ضَيَاعٍ وَنَحْوِهِ ، قُبِلَ أَيْضًا . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَإِنْ أَبْدَى ^(٢) سَبَبًا ظَاهِرًا ؛ مِنْ حَرِيقٍ مُنْزَلٍ أَوْ غَرَقِهِ ، أَوْ هُجُومِ غَارَةٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ بِوُجُودِ ذَلِكَ السَّبَبِ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سقط من : ط .

أحمدُ في روايةِ ابنِ منصورٍ . وهو قولُ ابنِ أبي لَيْلى . وقال مالكٌ ،
والثَّوْرِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : القولُ قولُ المالكِ ؛ لأنَّ الأصلَ
عَدَمُ الإِذْنِ ، وله تَضْمِينُهُ . ولنا ، أَنَّهُ ادَّعى دَفْعًا يَرَاهُ مِنَ الْوَدِيعَةِ ، فكان
القولُ قَوْلُهُ ، كما لو ادَّعى رَدَّهَا على مالِكها . ولو اعترفَ المالكُ بالإِذْنِ ،
ولكن قال : لم يَدفعْها . فالقولُ قولُ المُستودِعِ أيضًا ، ثم يُنظرُ في
المدْفوعِ إليه ؛ [٥٨/٥] فإن أقرَّ بالقَبْضِ ، وكان الدَّفْعُ في دَيْنٍ ، فقد
برئَ الكلُّ ، وإن أنكرَ ، فالقولُ قَوْلُهُ مع يَمِينِهِ . وقد ذكر أصحابنا أَنَّ الدَّافِعَ
يُضْمَنُ ؛ لكونه قَضَى الدَّيْنَ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، ولا تَجِبُ الْيَمِينُ على صاحبِ

و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم . وفي كلامِ أحمدَ ما يُشعرُ به . قال في
« التَّلْخِصِ » وغيره : وَيَكْفِي في ثُبُوتِ السَّبَبِ الاسْتِيفَاضَةُ . وقاله في
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقال في « الْمُعْنَى » ، وجماعةٌ مِنَ
الأَصْحَابِ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ أيضًا . وتقدَّم نظيرُ ذلك في الْوَكَّالَةِ .

فائدة : لو منع المودع - بفتح الدال - صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا
عذر ، ثم ادَّعى تلفًا ، لم يقبل إلا ببينة ؛ لخروجه بذلك عن الأمانة .

قوله : وإذن في دفعها إلى إنسانٍ . يعنى ، إذا قال المودع ، بفتح الدال ،
للمودع : أذنت لى في دفعها إلى فلانٍ فدفعتها . فأنكر الإذن ، فالقول قول
المودع ، بفتح الدال ، على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف ، ونص
عليه في رواية ابنِ منصورٍ . وقطع به في « الهداية » ، و « المذهب » ،
و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المعنى » ،
و « التلخيص » ، و « الشرح » ، و « المحرر » ، و « الفائق » ، و « الوجيز » ،

الْوَدِيعَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُودَعَ مُفَرِّطٌ ، لَكُونِهِ أَذِنَ لَهُ فِي قَضَاءِ يُبْرِئُهُ مِنَ الْحَقِّ وَلَمْ يُبْرِأْ بِدَفْعِهِ ، فَكَانَ ضَامِنًا ، سَوَاءً صَدَقَهُ أَوْ كَذَبَهُ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِدَفْعِهِ وَدِيعَةً ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمُودَعَ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي التَّلْفِ وَالرَّدِّ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَخْلِفُ الْمُودَعُ وَيُبْرِأُ ، وَيَخْلِفُ الْآخَرُ وَيُبْرِأُ أَيْضًا ، وَيَكُونُ ذَهَابُهَا مِنْ مَالِهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ خِيَانَةً أَوْ تَفْرِيطًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ ، أَشْبَهَ الْوَكِيلَ .

وغيرهم . وقدمه في « الفروع » . وهو من مُفَرَّدَاتِ الْمَذْهَبِ . وقيل : لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوِيٌّ . وقيل : ذَلِكَ كَوَكَّالَةٍ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ . وَلَا يَلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِلْمَالِكِ غَيْرُ الْيَمِينِ ، مَا لَمْ يُقَرَّ بِالْقَبْضِ . وَذَكَرَ الْأَزْجِيُّ ، إِنْ ادَّعَى الرَّدَّ إِلَى رَسُولٍ مُوَكَّلٍ ^(١) وَمُودِعٍ ، فَانْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، ضَمِنَ ؛ لِتَعَلُّقِ الدَّفْعِ بِثَالِثٍ ، وَيَحْتَمِلُ لَا . وَإِنْ أَقَرَّ ، وَقَالَ : قَصَرْتُ لِتَرْكِ الْإِشْهَادِ . احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . قَالَ : وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ أَنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، فَقَضَاهُ فِي غَيْبَتِهِ ، وَتَرَكَ الْإِشْهَادَ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الدَّيْنِ عَلَى الضَّمَانِ ، وَيَحْتَمِلُ ، إِنْ أَمَكَّنَهُ الْإِشْهَادَ فَتَرَكَهُ ، ضَمِنَ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو ادَّعَى الْأَدَاءَ إِلَى وَارِثِ الْمَالِكِ ، لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً . قَالَه فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَكَذَا دَعَا الْأَدَاءَ إِلَى الْحَاكِمِ . الثَّانِيَةُ ، لو ادَّعَى الْأَدَاءَ عَلَى يَدِ عَبْدِهِ ، أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ خَازِنِهِ ، فَكَدَعَا الْأَدَاءَ بِنَفْسِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مُوَكَّلٌ » .

وَأِنْ قَالَ : لَمْ تُودِعْنِي . ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَةً ، فَادَّعَى الرَّدَّ الْمُنْعَ أَوْ التَّلَفَ ، لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ .

٢٤٥٥ - مسألة : (وإن قال : لم تُودِعْنِي . ثم أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَةً ، ثم ادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلَفَ ، لم يُقْبَلْ) قوله (وإن أقام به بَيِّنَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ) إذا ادَّعَى على رجلٍ وَدِيعَةً ، فأنكَرَ ، ثم ثَبَّتَ أَنَّهُ أودَعَهُ ،

قوله : وما يُدَّعَى عليه مِنْ خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيطٍ . يعنى ، القولُ قوله . وهذا بلا نزاع .

فائدة : هل يَحِلُّ مُدَّعَى الرَّدِّ والتَّلَفِ والإِذْنِ فِي الدَّفْعِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَمُنْكَرُ الْجِنَايَةِ والتَّفْرِيطِ ، ونحو ذلك ؟ قال الحارثيُّ : المذهبُ لا يَحِلُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّهَمًا . نصُّ عليه مِنْ وَجْهِهِ . وكذا قال الخرقِيُّ ، وابنُ أَبِي مُوسَى فِي الْوَكِيلِ . وَأُطْلِقَ الْمُصَنِّفُ فِي « كِتَابِيهِ » ، وَكَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَجُوبَ التَّحْلِيلِ ، قَالَ : وَلَا أَعْلَمُهُ عَنْ أَحْمَدَ نَصًّا وَلَا إِيْمَاءً . انتهى . والمذهبُ عندَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ الْمُتَأَخِّرِينَ ، مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وتقدَّمُ التَّنْبِيهُ [٢٢٠/٢] عَلَى بَعْضِهِ قَرِيبًا .

قوله : وَإِنْ قَالَ : لَمْ تُودِعْنِي . ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَّتَ بَيِّنَةً فَادَّعَى الرَّدَّ ، أَوْ التَّلَفَ ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً . نصُّ عليه . مُرَادُهُ ، إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلَفَ قَبْلَ جُحُودِهِ ؛ بَأَن يَدَّعِيَ عَلَيْهِ الْوَدِيعَةَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَيُنْكَرُهَا ، ثُمَّ يُقَرِّ ، أَوْ تَقُومُ بَيِّنَةٌ بِهَا ، فَيُقِيمُ بَيِّنَةً بِأَنَّهَا تَلَفَتْ ، أَوْ رَدَّهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، أَوْ قَبْلَهُ مَثَلًا ، فَاَلْمَذْهَبُ فِي هَذَا ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ ، مِنْ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ . نصُّ عليه . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَهُوَ الْحَقُّ . وَقَالَ : هَذَا

فقال : أودعني ، وهلك من حرزي . لم يُقبل قوله ، وعليه ضمانها . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه مكذب لإنكاره الأول ، ومُعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة . وإن أقر صاحبها له بتلفها من حرزه قبل جحدِها ، فلا ضمان عليه . وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده ، لم يسقط عنه الضمان ؛ لأنه خرج بجحوده عن الأمانة ، فصار ضامناً ، كمن طوّل بالوديعة فامتنع من ردّها . وكذلك إن أقام بينة بتلفها بعد الجحود ؛ لذلك . وإن شهدت بتلفها قبل الجحود

المذهب عندي . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » . وأما إن ادّعى الردّ أو التّلف بعد جحوده بها ؛ بأن يدّعى عليه يوم الجمعة فينكر ثم يُقرّ ، أو تقوم البيّنة بها ، فيقيم بينته بتلفها أو ردّها يوم السبت ، أو بعده مثلاً ، فهذا يُقبل فيه البيّنة بالردّ ، قولاً واحداً . وتقبل في التّلف على الصحيح من المذهب . جزم به في « المحرّر » ، و « الوجيز » . قال في « الفروع » : والأصح ، وتسمع بتلف . وقيل : لا تقبل . وهو ظاهر كلام المصنّف هنا ، وأبى الخطّاب ، والسامريّ ، وصاحب « التلخيص » ، وجماعة ؛ لأنهم أطلقوا . قلت : وهو الصواب .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو شهدت بينة بالتّلف أو الردّ ، ولم تُعَيّن ؛ هل ذلك قبل جحوده أو بعده ؟ واحتمل الأمرين ، لم يسقط الضمان . قلت : ويحتمل السقوط ؛ لأنه الأصل . الثانية ، لو قال : لك وديعة . ثم ادّعى ظنّ بقائها ، ثم عليم تلفها ، أو ادّعى الردّ إلى ربّها ، فانكره ورثته ، فهل يُقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في « الفروع » ، وأطلقهما في الأولى في « الرعاية الكبرى » ؛ أحدهما ، لا تُقبل قوله في المسألة الأولى . فدّمه في « المعنى » ، عند قول الخرقى : وإذا

وإن قال : ما لك عندي شيء . قبل قوله في الرد والتلف .
المقنع

من الحرز ، فهل تُسمع بيئته ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُسمع ؛ لأنه
مُكذَّب لها بإنكاره الإيداع . والثاني ، تُسمع ؛ لأن صاحبها لو أقر بذلك
سقط عنه ، فتُسمع البيئته به ، فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تُعَيَّن
قبل الجحود ولا بعده ، واحتَمَلَ الأمرين ، لم يسقط الضمان ؛ لأن الأصل
وجوبه ، فلا ينتهي بأمر متردد .

٢٤٥٦ - مسألة : (وإن قال : ما لك [١٥٨/٥] عندي شيء .
قبل قوله في الرد والتلف) إذا قامت بيئة بالإيداع ، أو أقر به المودع بعد
قوله : ما لك عندي شيء - أو - لا حق لك علي . ثم قال : ضاعت من
حرزي . كان القول قوله مع يمينه ، ولا ضمان عليه ؛ لأن قوله لا يُنافي
ما شهدت به البيئة ، ولا يُكذِّبها ، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير
تفريطه لا شيء للمالكها عنده ، ولا يستحق عليه شيئاً .

قال : عندي عشرة دراهم . ثم قال : وديعة . وقدمه الشارح في باب ما إذا وصل
بإقراره ما يُغيِّره . وهو ظاهر كلام ابن رزين في « شرحه » . وقال القاضي :
يقبل قوله ؛ لأن أحمد قال ، في رواية ابن منصور : إذا قال : لك عندي وديعة
دفعتها إليك . صدق . انتهى . قلت : وهذا الصواب . وأما إذا ادعى الرد إلى ربها ،
وأنكره ورثته ، فالصحيح أنه يقبل قوله ، كما لو كان حياً . ثم وجدته في « الرعاية
الكبرى » قطعاً بأنه لا يقبل قوله إلا ببيئة .

قوله : وإن قال : ما لك عندي شيء . قبل قوله في الرد والتلف . بلا نزاع

فصل : فإن نوى الخيانة في الودعة بالجُحود أو الاستعمال ، ولم يفعل ذلك ، لم يصِر ضامناً ؛ لأنه لم يحدث في الودعة قولاً ولا فعلاً ، فلم يضمن ، كما لو لم ينو . وقال ابن سريج : يضمنها ؛ لأنه أمسكها بنية الخيانة ، فضمنها ، كاللُقطة بقصد التملك . ولنا ، قول النبي ﷺ : « عَفَى لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ ، وَمَا حَدَّثْتُ بِهِ أَنْفُسَهَا ، مَا لَمْ تَتَكَلَّمْ بِهِ ، أَوْ تَعْمَلْ بِهِ » ^(١) . ولأنه لم يخُن فيها بقول ولا فعل ، فلم يضمنها ، كالذي لم ينو ، وفارق الملتقط بقصد التملك ، فإنه عمل فيها ^(٢) بأخذها نواياً للخيانة فيها ، فوجب الضمان بفعله المنوي ، لا بمجرد النية . ولو التفتها قاصداً لتعريفها ، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه ، كانت كمسألتنا . وإن أخرجها بنية الاستعمال ، فلم يستعملها ، ضمنها . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يضمنها إلا بالاستعمال ؛ لأنه لو أخرجها لتقلها لم يضمنها . ولنا ، أنه تعدى بإخراجها ، أشبه ما لو استعملها ، بخلاف ما إذا نقلها .

لكن إن وقع التلف بعد الجُحود ، وجب الضمان ؛ لاستقرار حكمه بالجُحود ، فيشبه الغاصب . ذكره الشارح ، واقتصر عليه الحارثي ، وقال : والإطلاق هنا محمول عليه . وقال الزركشي : يُقبل قوله في الرد والتلف . ولا فرق بين قبل الجُحود وبعده ، على ظاهر إطلاق جماعة . وقال القاضي في « المُجرّد » : وقد

(١) الطرف الأول للحديث تقدم تخريجه في ٢٧٦/١ .

والطرف الثاني تقدم تخريجه في ٤٢٨/٧ .

(٢) في م : « بها » .

وَأَنَّ مَاتَ الْمُودَعُ ، وَادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً .
وَأَنَّ تَلَفَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَبَعْدَهُ يَضْمَنْهَا ،
فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

٢٤٥٧ - مسألة : (وإن مات المودع ، فادَّعى وارثه التسليم ،
لم يُقبلْ إِلَّا بَيِّنَةً) لأنَّ صاحبها لم يَأْتِمْنه عليها ، فلا يُقبلُ قوله عليه ، بخلافِ
المودع ، فإنه ائْتَمَنَهُ ، فقبلُ قوله بغيرِ بَيِّنَةٍ .

٢٤٥٨ - مسألة : (فإن تَلَفَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لم يَضْمَنْهَا)

قيل : إنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالتَّلَفِ بَعْدَ الْجُحُودِ ، فعليه الضَّمانُ ، وإنْ شَهِدَتْ بِالتَّلَفِ
قَبْلَهُ ، فلا ضَمانَ .

قوله : فإن مات المودع فادَّعى وارثه الرَّدَّ ، لم يُقبلْ إِلَّا بَيِّنَةً . بلا نزاع . وكذا
حُكْمُ دَعْوَى الْمُتَلَقِّطِ ، وَمَنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا ، الرَّدُّ إِلَى الْمَالِكِ . قال
في « القواعد » : ويتَّوَجَّهُ قَبُولُ دَعْوَاهُ فِي حَالَةٍ لَا يَضْمَنُ فِيهَا بِالتَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمِّنٌ
شَرْعًا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . ولو ادَّعى الْوَارِثُ أَنَّ مُوَرِّثَهُ رَدَّهَا ، لم يُقبلْ أَيْضًا إِلَّا بَيِّنَةً
عِنْدَ الْأَصْحَابِ . قال الْحَارِثِيُّ : وقد يَتَخَرَّجُ لَنَا قَوْلٌ بِالْقَبُولِ مِنْ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ،
فِيمَا إِذَا كَانَ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ فِي حَيَاتِهِ ، لم تُوجَدْ بَعَيْنُهَا ، وَلَا يُعْلَمُ بِقَاوُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
عَدَمُ الْحُصُولِ فِي يَدِ الْوَارِثِ ، وكذلك ما لو ادَّعى التَّلَفَ فِي يَدِ مُوَرِّثِهِ . انتهى .
قال في « القاعِدةِ الرَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : ولا حَاجَةَ إِلَى التَّخْرِيجِ إِذَنْ ؛ لِأَنَّ الضَّمانَ
عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُتَتَفٍ ؛ سواءً ادَّعى الْوَارِثُ الرَّدَّ أَوِ التَّلَفَ ، (أو لم يدَّعِ شيئاً) .

قوله : وإن تَلَفَتْ عِنْدَ الْوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لم يَضْمَنْهَا - بلا نزاع -

لأنه لا تفریط منه ولا تعدّ . وإن كان بعد الإمكان قتلّت ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يضمّنها ؛ لتأخّر ردها مع إمكانه . والآخر ، لا يضمّنها ؛ لأنه غير متعدّ في إثبات يده عليها ، إنما حصلت في يده بغير فعله .

وبعده يضمّنها ، في أحد الوجهين . وهو المذهب . صحّحه في « التّصحيح » ، و « النّظم » ، و « شرح الحارثيّ » . قال في « القاعدة الثالثة والأربعين » : والمشهور الضّمان . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الهادي » ، و « الوجيز » وغيرهم . وقدمه في « التلخيص » ، وقال : ذكره أكثر الأصحاب . وقدمه في « الرّعاية الصّغرى » ، و « الحاوى الصّغير » . والوجه الثاني ، لا يضمّنها . قال الحارثيّ : وهذا لا أعلم أحدا ذكره إلا المصنّف . قلت : قد أشار إليه في « التلخيص » وغيره . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشّرح » ، و « شرح الحارثيّ » ، و « ابن منجى » ، و « الرّعاية الكبرى » . وقيل : يضمّنها ، إن لم يعلم بها [٢٢٠/٢ ظ] صاحبها . جزم به في « المحرّر » ، و « تذكّرة ابن عبدوس » . قال في « الرّعاية الصّغرى » : وهو أولى . وأطلقهنّ في « الفروع » ، و « الفائق » .

فائدة : إذا حصل في يده أمانة بدون رضا صاحبها ، وجبت المبادرة إلى ردها ، مع العلم بصاحبها والتّمكّن منه ، ودخل في ذلك اللقطة . وكذا الوديعة ، والمضاربة ، والرهن ، ونحوها ، إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه . وكذا لو أطارت الرّيح ثوبا إلى داره لغيره . ثم إن كثيرا من الأصحاب قالوا هنا : الواجب الرّد . وصرّح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين ؛ إمّا الرّد ، أو الإغلام ، كما في « المستوعب » ، و « المعنى » ، و « المحرّر » ، و « الشّرح » ، وذكر نحوه

الشرح الكبير

فصل : إذا مات المودع وعنده ودیعة معلومة بعینها ، فعلى وارثه تمكين صاحبها من أخذها ، فإن لم يفعل ، [١٥٩/٥] ضمن كالمودع ، فإن لم تعلم صاحبها بموت المودع ، فعلى الورثة إعلامه ، وليس لهم إمساكها قبل أن تعلم بها ربها ؛ لأنه لا يأتئهم عليها ، وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم ، بمنزلة من أطارت الریح إلى داره ثوباً وعلم به ، فعليه إعلام صاحبه به ، فإن أخر^(١) ذلك مع الإمكان ضمن . كذا ههنا .

ابن عقيل ، وهو مراد غيرهم . ثم إن الثوب ؛ هل يحصل في يده ؛ لسقوطه في داره من غير إمساك له أم لا ؟ قال القاضى : لا يحصل في يده بذلك . وخالف ابن عقيل . والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات ؛ هل يملكها بذلك أم لا ؟ على ما تقدم في كتاب البيع . وكذا حكم الأمانات إذا فسحها المالك ؛ كالوديعة ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة ، يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضى في « خلافه » . وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين ، أو غيبته . وظاهر كلامه ، أنه يجب فعل الرد . وعلى قياس ذلك ، الرهن بعد استيفاء الدين ، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدّة . وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة ، لا يجب على المستأجر فعل الرد ، ومنهم من ذكر في الرهن كذلك . ذكر معنى ذلك في « القاعدة الثانية والأربعين » . وأما إذا مات المودع ، ولم يبين الوديعة ، ولم تعلم ، فهى دين في تركته . تقدم ذلك في كلام المصنف ، فى أواخر المضاربة .

(١) فى م : « أحرز » .

فصل : ولا تثبت الودیعة إلا بإقرار المیت أو ورثته ، أو بیته . وإن وجد عليها مکتوب ودیعة ، لم یکن حجة علیهم ، لجواز أن یكون الوعاء كانت فيه ودیعة قبل هذه ، أو كان ودیعة لموروثهم عند غیره ، أو كانت ودیعة فابتاعها ، وكذلك لو وجد فی رزمائج^(١) أبيه أن لفلان عندی ودیعة كذا ، لم یلزمه بذلك ؛ لجواز أن یكون قد ردّها ونسی الضرب على ما كتب ، أو غیر ذلك . وهذا قول أصحاب الشافعی . وحكى القاضی أبو الحسین ، أن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مکتوب باسمه . أو ما إليه أحمد ، كما لو وجد فی رزمائج أبيه دینا على غیره بخط أبيه ، كان له أن یعمل على خطه ، ویخلف على استحقاقه بالخط ، فإذا وجد دینا علیه كان أولى وأحوط .

فائدة جلیلة : تثبت الودیعة بإقرار المیت ، أو ورثته ، أو بیته . وإن وجد خط موروثه : لفلان عندی ودیعة . أو على کیس : هذا فلان . عمل به وجوباً . على الصحيح من المذهب . قال فی « الفروع » : ویعمل به على الأصح . قال الحارثي : هذا المذهب . نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم ، فی الوصیة ، ونصره ، ورد غیره . وقال : قاله القاضی أبو الحسین ، وأبو الحسن ابن بکروس . وقدمه فی « المستوعب » ، و « التلخیص » . وهو الذى ذكره القاضی فی « الخلاف » . وقيل : لا یعمل به ، ویكون تركه . اختاره القاضی فی « المجرد » ، وابن عقيل ، والمصنف . وقدمه الشارح ، ونصره ، وجزم به

(١) أصله الروزنامه ، وهى مركبة من روز ، أى يوم ، ونامه أى كتاب والمقصود الدفتر الذى یسجل فيه . الألفاظ الفارسية المعربة ٧٥ .

وَإِذَا ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا [١٤٧ ر] لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ الْمَقْنَعِ يَمِينِهِ ، وَيَحْلِفُ الْمُدَّعُ أَيْضًا .

٢٤٥٩ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّ يَدَهُ دَلِيلٌ ^(١) مِلْكِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ ادَّعَاهَا لِنَفْسِهِ ،

الشرح الكبير
الإنصاف
في « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وَإِنْ وَجَدَ خَطَّهُ بَدْنَيْنِ لَهُ عَلَى فُلَانٍ ، حَلَفَ الْوَارِثُ ، وَدُفِعَ إِلَيْهِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « إِعْلَامِ الْمُوقِّعِينَ » . وَإِنْ وَجَدَ خَطَّهُ بَدْنَيْنِ عَلَيْهِمْ ، فَقِيلَ : لَا يُعْمَلُ بِهِ ، ^(٢) وَيَكُونُ تَرَكَةً مَقْسُومَةً . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يُعْمَلُ بِهِ ^(٣) ، وَيُدْفَعُ إِلَى مَنْ هُوَ مَكْتُوبٌ بِاسْمِهِ . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : الْمَذْهَبُ وَجُوبُ الدَّفْعِ إِلَى مَنْ هُوَ مَكْتُوبٌ بِاسْمِهِ . أَوْمَأَ إِلَيْهِ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، ^(٤) وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي « إِعْلَامِ الْمُوقِّعِينَ » ^(٥) . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْحَارِثِيِّ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَالْكِتَابَةُ بِالْذُّيُونِ عَلَيْهِ كَالْكِتَابَةِ بِالْوَدِيعَةِ ، كَمَا قَدَّمْنَا . حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ ؛ مِنْهُمْ السَّامُرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . انْتَهَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الرُّعَايَةِ » .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقْرَبُ بَهَا لِأَحَدِهِمَا ، فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . بِلَا نِزَاعٍ

(١) بعده في م : « على » .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

كان القولُ قولَه ، فكذلك إذا أقرَّ بها لغيره ، ويلزمُه أن يحلفَ للآخر ؛
لأنَّه مُنْكَرٌ لحَقِّه ، فإن حلفَ برئى ، وإن نكَلَ لزمَه أن يعرِّمَ له قيمَتها ؛
لأنَّه فَوَّتَها عليه . وكذلك لو أقرَّ له بها بعد أن أقرَّ بها للأوَّل ، فإنَّها تُسَلِّمُ
إلى الأوَّل ، ويعرِّمُ قيمَتها للثانى . نصَّ عليه أحمدُ .

أَعْلَمُه . لَكِنْ قال الحارِثيُّ : وهذا اللَّفْظُ ليس على ظاهِرِه ؛ مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ مُشْعِرٌ بَأَنَّ
كَمَالَ الاسْتِحْقَاقِ يَتَوَقَّفُ على اليمينِ ، وهى إِنَّمَا تُفِيدُ الاسْتِحْقَاقَ حَالِ رَدِّها على
المُدَّعى عِنْدَ مَنْ قال به ، أو حَالِ تَعَدُّرِ كَمَالِ البَيِّنَةِ . وما نحنُ فيه ليس واحداً مِنَ
الأمرينِ . لا يُقالُ : المودَعُ شاهدٌ . إذ لو كان كذلك ، لاعتُبرَ له العَدَالَةُ ، وصِيعَةُ
الشَّهادَةِ ، والأمرُ بخلافه ، فتعيَّنَ تأويلُه على حَلْفِه للمُدَّعى . انتهى .

قوله : ويحلفُ المودَعُ - بفتح الدالِ أيضاً - للمُدَّعى الآخرِ . على
الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزمَ به هنا فى « المُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ
الحارِثيِّ » ، و « الرُّعايَةِ » ، و « الوجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرهم . قال فى
« المُحرَّرِ » ، و « الفُروعِ » : حلفَ فى الأصحِّ . ذَكَرَاهُ فى بابِ الدَّعاوى .
وقيل : لا يلزمُه يمينٌ . فعلى المذهبِ ، إن نكَلَ ، فعليه البَدَلُ للثانى ، بلا نزاعٍ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تبيَّنَ للمُقِرِّ بعدَ الاقتراعِ أَنَّها للمَقْرُوعِ ، فقال الإمامُ
أحمدُ : قد مضى الحُكْمُ . أى ، لا تُنزعُ مِنَ القارِعِ ، وعليه القِيَمَةُ للمَقْرُوعِ .
الثَّانيةُ ، لو دَفَعَ الودِيعَةَ إلى مَنْ يظُنُّه صاحبَها ، ثم تبيَّنَ خطوُّه ، ضَمِنَها لتفريطه .
صرَّحَ به القاضى . وخرَّجَ فى « القَواعِدِ » وَجْهًا بَعْدَمِ [٢٢١/٢] الضَّمانِ عليه ،
وإنَّما هو على المُتَلَفِ وحده .

وَأِنْ أَقْرَبَهَا لَهُمَا ، فَهِيَ لَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا . حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

الشرح الكبير

٢٤٦٠ - مسألة : (وَإِنْ أَقْرَبَهَا لَهُمَا) جَمِيعًا ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ، وَيَلْزَمُهُ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصْفِهَا (وَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا) فَاعْتَرَفَا لَهُ بِجَهْلِهِ بَعَيْنِ الْمُسْتَحَقِّ لَهَا ، فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ادَّعَى مَعْرِفَتَهُ ، لَزِمَتْهُ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَحْلِفُ يَمِينَيْنِ ، كَمَا لَوْ أَنْكَرَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الَّذِي يُدَّعَى عَلَيْهِ أَمْرٌ وَاحِدٌ ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِعَيْنِ الْمَالِكِ ، فَكَفَاهُ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، كَمَا لَوْ ادَّعَاها فَأَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَنْكَرَهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهَا لَهُ ، فَهِيَ دَعْوَايَانِ ، فَإِنْ حَلَفَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَسُلِّمَتْ إِلَى مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقَرَعَةُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَتَحَالَفَانِ ، [١٥٩/٥ ط] وَيُوقَفُ الشَّيْءُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَضْطَلِحَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ الْمَالِكَ مِنْهُمَا . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهَا تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَهَا لَهُمَا . وَهَذَا الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ فِيمَا حُكِيَ عَنْهُمْ ، قَالُوا : وَيَضْمَنُ الْمُودَعُ

الإحصاف

قوله : وَإِنْ أَقْرَبَهَا لَهُمَا ، فَهِيَ لَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . بِلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . فَإِنْ نَكَلَ ، فَعَلَيْهِ بِذَلِكَ نِصْفِهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْحَلْفُ لَصَاحِبِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ ، وَكَأَنَّهُ اكْتَفَى بِالْأَوَّلِ .

قوله : فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا . حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ . يَعْنِي ، يَمِينًا وَاحِدَةً .

نِصْفَهَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ مَا اسْتَوْدَعَ بِجَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْحَقِّ فِيمَا لَيْسَ بَأَيْدِيهِمَا ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا ، كَالْعَبْدَيْنِ إِذَا أُعْتَقَتْهُمَا فِي مَرَضِهِ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، أَوْ كَمَا لَوْ أَرَادَ السَّفَرُ بِأَحَدِي نِسَائِهِ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَتَلَفْ ، وَلَوْ تَلَفَتْ بغيرِ تَقْرِيطٍ مِنْهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ فِي جَهْلِهِ تَقْرِيطٌ ، إِذْ لَيْسَ فِي وَسْعِهِ أَنْ لَا يَنْسَى وَلَا يَجْهَلَ .

إِذَا أَقْرَبَهَا لِأَحَدِهِمَا ، وَقَالَ : لَا أَعْرِفُ عَيْنَهُ . فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُصَدِّقَاهُ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ صَدَّقَاهُ ، فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ ؛ إِذْ لَا اخْتِلَافَ ، وَعَلَيْهِ التَّسْلِيمُ لِأَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ مَعَ يَمِينِهِ . (1) « ذَكَرَهُ فِي » التَّلْخِيصِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَفِي نَصُوصِ أَحْمَدَ مَا يَفْتَضِيهِ . وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقَاهُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُكَذِّبَاهُ ، أَوْ يَسْكُنَا ؛ فَإِنْ سَكُنَا ، قَبْلَ قَوْلِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ (2) . ذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَذَكَرَ عَنْ الشَّافِعِيِّ وَجْهًا آخَرَ ، وَعَلَّلَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا بِمُجَرَّدِهِ حَقٌّ ، إِنْ لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى اغْتِبَارِ صَرِيحِ الدَّعْوَى لَوْجُوبِ الْيَمِينِ . انْتَهَى . ثُمَّ قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ : يُقَرَعُ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وَأُعْطِيَ . وَإِنْ كَذَّبَاهُ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَذْهَبَ لَا يَمِينُ عَلَى مُدَّعَى التَّلَفِ وَمُنْكَرِ الْخِيَانَةِ وَالتَّفْرِيطِ ، وَنَحْوِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُتَّهَمًا . وَهَذَا كَذَلِكَ ، فَلَا يَمِينُ عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْمَالِكَ اتَّيَمَّنَهُ . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْحَلْفِ ، يَحْلِفُ يَمِينًا وَاحِدَةً . عَلَى الصَّحِيحِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارثيُّ ، خلافاً لأبي حنيفةَ : لتغايرِ
الحَقَّينِ ، كما في إنكارِ أصلِ الإيداعِ . قال : وهذا قَوِيٌّ . انتهى . وإذا تحرَّرَ هذا ،
فَيُفَرِّغُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَأَخَذَ . كما قال المُصَنِّفُ ، ونَصُّ عليه
في أصلِ المسألةِ مِنْ وُجُوهِ كثيرةٍ . وإنْ نَكَلَ الْمُودَعُ عَنِ اليمينِ ، فقال في
« المُجَرَّدِ » : يُقْضَى عليه بالتَّكْوِيلِ ، فيُلْزَمُ الحاكمُ بالإقرارِ لأحدهما ، فإنْ أبى ،
فمِياسُ المذهبِ ، يُفَرِّغُ بَيْنَهُمَا . ولم يَذْكُرْ غُرْماً . وقال في « التَّلْخِصِ » : يَقْوَى
عِنْدِي أَنَّ مِنْ جُمْلَةِ الْقَضَايَا لُتْكُولِ غُرْمِ الْقِيَمَةِ ، فَيُغْرَمُ الْقِيَمَةُ . قال الحارثيُّ :
وكذا قال غيره . وجَزَمَ به في « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . فعلى هذا ، يُؤْخَذُ
بِالْقِيَمَةِ مع الْعَيْنِ ، فيَقْتَرَعَانِ عليهما^(١) أو يَتَّفِقَانِ . هذه طَرِيقَةُ صاحبِ
« المُحَرَّرِ » ، « وَجَمَاعَةٍ » ، وقَدَّمَا الحارثيُّ ، وقال : وفي كلامِ غيرِ صاحبِ
« المُحَرَّرِ »^(٢) ما يَفْتَضِي الإقْبِرَاعَ على الْعَيْنِ ، فَمَنْ أَخَذَهَا بِالْقِيَمَةِ ، تَعَيَّنَتِ الْقِيَمَةُ
لِلْآخِرِ . قال : وهو أَوْلَى ؛ لأنَّ كِلَا مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ ما يدَّعِيهِ في هذه الحالةِ ، أو
بذلك عندَ التَّعَذُّرِ ، والتَّعَذُّرُ لا يَتَحَقَّقُ بَدُونِ الْأَخْذِ ، فَتَعَيَّنَ الإقْبِرَاعُ . انتهى . قال
في « التَّلْخِصِ » : وكذلك إذا قال : أَعْلَمُ الْمُسْتَحَقُّ ، ولا أُحْلِفُ . ويأتِي الكلامُ
بِاتِّمَامِهِ مِنْ هَذَا ، في بابِ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ ، في الْقِسْمِ الثَّالِثِ ، إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فائدة : إذا قامَتِ البَيِّنَةُ بِالْعَيْنِ لِأَخْذِ الْقِيَمَةِ ، سَلِمَتْ إِلَيْهِ ، وَرُدَّتِ الْقِيَمَةُ إِلَى
الْمُودَعِ ، ولا شَيْءَ لِلْقَارِعِ .

(١) في الأصل ، ١ : « عليها » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

وَأِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ .
وَأِنْ غُصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٦١ - مسألة : (وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ) لَأَنَّ قِسْمَتَهُ مُمَكِّنَةٌ بِغَيْرِ غَبْنٍ وَلَا ضَرَرٍ .
اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَةِ الشَّرِيكِ ، إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهَا حَاكِمٌ . قَالَهُ الْقَاضِي .

٢٤٦٢ - مسألة : (وَإِنْ غُصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا مَوْزُونٌ بِحِفْظِهَا ، وَذَلِكَ

قوله : (وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ .
مُرَادُهُ ، إِذَا كَانَ يَنْقَسِمُ . وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ : لَا يَنْقُصُ بِتَفَرُّقِهِ .
وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ،
و«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ،
و«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«التَّلْخِيصِ» ، وَ«الْبُلْعَةِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ .
وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الشَّرْحِ
الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ أَوْ الْحَاكِمِ . اخْتَارَهُ
الْقَاضِي ، وَالنَّاظِمُ . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ الشَّرِيكُ حَاضِرًا ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْمُطَالَبَةِ
بِنَصِيْبِهِ ، وَالْإِذْنُ فِي التَّسْلِيمِ إِلَى صَاحِبِهِ .

قوله : (وَإِنْ غُصِبَتِ الْوَدِيعَةُ ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ،
وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو

الشرح الكبير

مِنْ حِفْظِهَا . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأنه لم يُؤْمَرْ به . ولا ضَمَانٌ عَلَى الْمُودَعِ ، سواء أُخِذَتْ مِنْ يَدِهِ قَهْرًا ، أو أُكْرِهَ عَلَى تَسْلِيمِهَا فَسَلَّمَهَا بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ عُذْرٌ لَهُ يُبِيحُ دَفْعَهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ أُخِذَتْ مِنْ يَدِهِ قَهْرًا . وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

الْخَطَّابُ فِي «الْهِدَايَةِ» . وَصَحَّحَهُ فِي «التَّضْحِيحِ» ، وَ«النَّظْمِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . وَقَدَّمَ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَصَحَّحَهُ فِي «الْبُلْعَةِ» . وَقَدَّمَ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«التَّلْخِصِ» . وَمَالَ إِلَيْهِ الْحَارِثِيُّ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، حُكْمُ الْمُضَارِبِ ، وَالْمُرْتَهِنِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ فِي الْمُطَالَبَةِ ، إِذَا غُصِبَ مِنْهُمْ مَا بَأْيَدِيهِمْ ، حُكْمُ الْمُودَعِ . قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَدَّمَ فِي «الْخُلَاصَةِ» أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ بِالْمُطَالَبَةِ فِي «الْوَدِيعَةِ» . وَجَزَمَ بِالْجَوَازِ فِي الْمُرْتَهِنِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ . وَمَالَ إِلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي الْمُضَارِبِ : لَا يَلْزَمُهُ الْمُطَالَبَةُ مَعَ حُضُورِ رَبِّ الْمَالِ . الثَّانِيَّةُ ، لَوْ أُكْرِهَ عَلَى دَفْعِ الْوَدِيعَةِ لغيرِ رَبِّهَا [٢٢١/٢] ، لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ الْأَصْحَابُ . ذَكَرَهُ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : مِنْهُمْ الْقَاضِي فِي «الْمُجَرَّدِ» ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي «الْفُصُولِ» ، وَالْمُصَنِّفُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَصَاحِبُ «التَّلْخِصِ» ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْمَجْدُ فِي «شَرْحِهِ» : الْمَذْهَبُ لَا يَضْمَنُ . انْتَهَى . وَفِي «الْفَتَاوَى الرَّجِيئَاتِ» ، عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، الضَّمَانُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ افْتَدَى بِهِ ضَرَرَهُ ^(١) . وَعَنِ ابْنِ الرَّاغُونِيِّ ، إِنَّ أُكْرِهَ عَلَى

(١) فِي ط : «ضُرُورَةٌ» .

التَّسْلِيمِ بِالْتَّهْدِيدِ وَالْوَعْدِ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ، وَلَا إِثْمَ ، وَإِنْ نَالَ الْعَذَابُ ، فَلَا إِثْمَ ، وَلَا ضَمَانَ . ^(١) ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَإِنْ صَادَرَهُ السُّلْطَانُ ، لَمْ يَضْمَنْ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ^(٢) . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ أَبُو الْوَفَاءِ : يَضْمَنْ ، إِنْ فَرُطَ . وَإِنْ أَخَذَهَا مِنْهُ قَهْرًا ، لَمْ يَضْمَنْ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » . وَعِنْدَ أَبِي الْوَفَاءِ ، إِنْ ظَنَّ أَخَذَهَا مِنْهُ بِإِقْرَارِهِ ، كَانَ دَلَالًا ، وَيَضْمَنْ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْتِصَارِ » : يَضْمَنْ الْمَالُ بِالْإِثْمِ . وَهُوَ الْمُودَعُ . وَفِي « فِتَاوَى ابْنِ الزَّائِغُونِيِّ » ، مَنْ صَادَرَهُ سُلْطَانٌ ، وَنَادَى بِتَّهْدِيدٍ مِنْ عِنْدِهِ وَدِيعةً ، فَلَمْ يَحْمِلْهَا ، إِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ ، أَوْ عَيَّنْهُ وَتَهَدَّدَهُ ، وَلَمْ يَنْلَهُ ، إِثْمَ وَضَمِنْ ، وَإِلَّا فَلَا . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِذَا قِيلَ : التَّوَعُّدُ لَيْسَ إِكْرَاهًا . فَتَوَعَّدَهُ السُّلْطَانُ حَتَّى سَلَّمَ ، فَجَوَابُ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَابْنِ الزَّائِغُونِيِّ ، وَجُوبُ الضَّمَانِ ، وَلَا إِثْمَ . وَفِيهِ بَحْثٌ . وَإِذَا قِيلَ : إِنَّهُ إِكْرَاهٌ . فَنَادَى السُّلْطَانُ ، مَنْ لَمْ يَحْمِلْ وَدِيعةً فَلَانٍ ، عَمِلَ بِهِ كَذَا وَكَذَا . فَحَمَلَهَا مِنْ غَيْرِ مُطَابَاةٍ ، إِثْمَ وَضَمِنْ . وَبِهِ أَجَابَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « فِتَاوِيهِمَا » . وَإِنْ آلَ الْأَمْرُ إِلَى الْيَمِينِ ، وَلَا بُدَّ ، حَلَفَ مُتَأَوِّلًا . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَهُ جَعْلُهَا . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، إِنْ لَمْ يَخْلِفْ حَتَّى أُخِذَتْ مِنْهُ ، وَجَبَ الضَّمَانُ ؛ لِلتَّفْرِيطِ ، وَإِنْ حَلَفَ وَلَمْ يَتَأَوَّلْ ، أَثْمَ . وَفِي وَجُوبِ الْكُفَّارَةِ رَوَايَتَانِ . حَكَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْفِتَاوَى » . قُلْتُ : الصَّوَابُ وَجُوبُ الْكُفَّارَةِ مَعَ إِمْكَانِ التَّأَوُّلِ وَقُدْرَتِهِ عَلَيْهِ ، وَعِلْمِهِ بِذَلِكَ ، وَلَمْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

يَفْعَلَهُ . ^(١) ثم وجدته في « الفروع » ، في باب جامع الأيمان ، قال : وَيُكْفَرُ عَلَى
 الْأَصْح . وإن أُكْرِهَ عَلَى الْيَمِينِ بِالطَّلَاقِ ؟ فَأَجَابَ أَبُو الْخَطَّابِ ، بِأَنَّهَا لَا
 تَنْعَقِدُ ، كَمَا لَوْ أُكْرِهَ عَلَى إِيقَاعِ الطَّلَاقِ . قال الحارثي : وفيه بحث ، وحاصله ؛
 إن كان الضَّرَرُ الحَاصِلُ بِالتَّغْرِيمِ كَثِيرًا يُوَارِي الضَّرَرَ فِي صُورِ الْإِكْرَاهِ ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ
 لَا يَقَعُ ، وَإِلَّا وَقَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ . انتهى . ^(٢) وعند ابن عَقِيلٍ ، لَا يَسْقُطُ لَخَوْفِهِ مِنْ
 وَقْعِ الطَّلَاقِ ، بَلْ يَضْمَنُ بِدَفْعِهَا أَفْتِدَاءً عَنْ يَمِينِهِ . وفي « فتاوى ابن الزَّغَوَانِي » ،
 إن أُمِيَ الْيَمِينَ بِالطَّلَاقِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، فَصَارَ ذَرِيعَةً إِلَى أَخْذِهَا ، وَكَإِقْرَارِهِ طَائِعًا ،
 وَهُوَ تَفْرِيطٌ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ . نقله في « الفروع » ، في جامع الأيمان ^(٣) .
 الثالثة ، لو أُخِّرَ رَدُّ الْوَدِيعَةِ بَعْدَ طَلَبِهَا بِلا عُدْرٍ ، ضَمِنَ ، وَيُعْذَرُ ، لَا يَضْمَنُ ؛
 كَالْخَوْفِ فِي الطَّرِيقِ ، وَالْعَجْزِ عَنِ الْحَمْلِ ، وَعَنِ الْوُصُولِ إِلَيْهَا ؛ لَسَيْلٍ أَوْ نَارٍ ،
 وَنَحْوِ ذَلِكَ . وفي معنى ذلك ؛ إتمام المكتوبة ، وقضاء الحاجة ، وملازمة الغريم
 يُخَافُ قُوَّتَهُ ، وَيُمْهَلُ لِأَكْلِهِ ، وَنَوْمِهِ ، وَهَضْمِ طَعَامِهِ ، وَالْمَطَرِ الْكَثِيرِ ، وَالْوَحْلِ
 الْعَزِيزِ ، أَوْ لَكُونِهِ فِي حِمَامٍ حَتَّى يَخْرُجَ . على الصحيح من المذهب . قدمه في
 « الفروع » . قال في « المغني » ^(٤) وغيره : إن قال : أُمْهِلُونِي حَتَّى أَكُلَ ، فَإِنِّي
 جَائِعٌ . أَوْ : أَنَامَ ، فَإِنِّي نَاعِسٌ . أَوْ : يَنْهَضِمُ الطَّعَامُ عَنِّي ، فَإِنِّي مُمْتَلِيٌّ . أُمْهِلَ
 بِقَدْرِ ذَلِكَ . قال الحارثي : وَهُوَ الصَّحِيحُ . وقال : وَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامٍ غَيْرِ وَاحِدٍ ،
 مَنْعُ التَّأْخِيرِ اعْتِبَارًا بِإِمْكَانِ الدَّفْعِ . قلت : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وقال في
 « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » : إن أُخِّرَ لَكُونُهُ فِي حِمَامٍ ، أَوْ عَلَى طَعَامٍ إِلَى قَضَائِهِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) المغني ٢٦٩/٩ .

غرضه ، صَمِنَ ، وإن لم يَأْتُمْ ، على وجهه . واختاره الأَزْجِيُّ ، فقال : يَجِبُ الرُّدُّ بحسبِ العادة ، إلا أن يكون تأخيرُهُ لَعُذْرٍ ، ويكون سببًا للتلف ، فلم أرَ نصًّا . ويقوى عندي أنه يَضْمَنُ ؛ لأنَّ التَّأخِيرَ إنما جازَ بشرطِ سلامةِ العاقبة . انتهى .

الرابعة ، لو أمره بالردِّ إلى وكيله فتمكَّنَ وأبى ، صَمِنَ . والصَّحِيحُ مِنَ المذهب ، ولو لم يَطْلُبْهَا وَكِيلُهُ . قاله في « التَّلْخِصِ » ، و « الفروع » . وقيل : لا يَضْمَنُ إلا إذا طَلَبَهَا وَكِيلُهُ ، وأبى الرُّدُّ . وإذا دَفَعَهَا إلى الوكيل ، ولم يُشْهِدْ ، ثم جحد الوكيل ، لم يَضْمَنُ بتركِ الإِشْهادِ ، ^(١) بخلافِ الوكيلِ في قضاءِ الدَّيْنِ ، فإنه يَضْمَنُ بتركِ الإِشْهادِ ^(٢) ؛ لأنَّ شأنَ الودِعةِ الإخفاء . قاله في « التَّلْخِصِ » وغيره . وتقدَّم إذا ادَّعى الإِذْنَ في دفعها إلى إنسانٍ ، في كلامِ المُصَنِّفِ ، وهناك ما يتعلَّقُ بهذا . الخامسة ، لو أخرَ دفعَ مالٍ أمرَ بدفعه بلا عُدْرٍ ، صَمِنَ ، كما تقدَّم نظيرُهُ في الودِعةِ . وهذا الصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : لا يَضْمَنُ . واختاره أبو المعالي ؛ بناءً على اختصاصِ الوجوبِ بأمرِ الشَّرْعِ . قلتُ : الأمرُ المُجَرَّدُ عنِ القرينةِ ، هل يقتضي الوجوبَ ، أم لا ؟ فيه خمسة عشرَ قولًا للعلماءِ ؛ مِنْ جُمَلَتِها ، أنَّ أمرَ الشَّارِعِ للوجوبِ دُونَ غيره ، كما اختاره أبو المعالي . والصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه للوجوبِ مُطلقًا . ذكرَ الأقوالَ ، ومَن قال بكلِّ قولٍ في « القواعدِ الأصوليةِ » ، في « القاعدةِ الثالثةِ والأربعينِ » . السادسةُ ، لو قال : خُذْ هَذَا وَدِيعَةً لِيَوْمٍ لَّا غَدًا ، وبعده يعودُ وَدِيعَةً . فقيل : لا تصحُّ الودِعةُ مِنْ أَصْلِهَا . وقيل : تصحُّ في اليومِ الأوَّلِ دُونَ غيره . وقيل : تصحُّ في اليومِ الأوَّلِ ،

(١ - ٢) سقط من : الأصل .

وفي بعدِ العَدْرِ . قال القاضي في « التَّعليقِ » : هي وَدِيعَةٌ عَلَى الدَّوامِ . ذَكَرَهُ عَنْهُ
 الْحَارِثِيُّ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » . وَإِنْ [٢٢٢/٢] أَمَرَهُ بِرَدِّهِ فِي غَدٍ ، وَبَعْدَهُ
 يَعُودُ وَدِيعَةً ، تَعَيَّنَ رَدُّهُ . السَّابِعَةُ ، لَوْ قَالَ لَهُ : كُلَّمَا خُنْتُ ، ثُمَّ عُذْتُ إِلَى الْأَمَانَةِ ،
 فَأَنْتَ أَمِينٌ . صَحَّ ؛ لِصِحِّهِ تَعْلِيلُ الْإِيدَاعِ عَلَى الشَّرْطِ ، كَالْوَكَالَةِ . صَرَّحَ بِهِ
 الْقَاضِي . قَالَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » .

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّائِرَةُ الَّتِي لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ .

الشرح الكبير

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

(وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ) الْمَوَاتُ : الْأَرْضُ الدَّارِسَةُ . تُسَمَّى مَيِّتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتَانًا ، بَفَتْحِ الْمِيمِ وَالْوَاوِ . وَالْمَوَاتَانُ : بَضْمِ الْمِيمِ وَسُكُونِ الْوَاوِ : الْمَوْتُ الذَّرِيعُ . وَرَجُلٌ مَوَاتَانُ الْقَلْبِ ، بَفَتْحِ الْمِيمِ وَسُكُونِ الْوَاوِ ، يَعْنِي أَعْمَى الْقَلْبِ ، لَا يَفْهَمُ . وَالْأَصْلُ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ مَا رَوَى جَابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(٢) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى مَالِكٌ ،

الإنصاف

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

قوله : وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ . قَالَ أَهْلُ اللَّغَةِ : الْمَوَاتُ مِنْ الْأَرْضِ ؛ هِيَ الَّتِي لَمْ تُسْتَخْرَجْ وَلَمْ تُعَمَّرْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَظَاهِرُهُ إِيرَادُ

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والتِّرْمِذِيُّ فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٤٩/٦ . والدارمي ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة فهي له ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٢٩٩/١٣ .

في « موطئه » ، وأبو داود في « سننه »^(١) عن عائشة مثله . قال ابن عبد البر : وهو مُسْنَدٌ صَحِيحٌ مُتَلَقًى بِالْقَبُولِ عِنْدَ فَقَهَاءِ الْمَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(٢) عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قَالَ عُرْوَةُ : وَقَصَّى بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي خِلَافَتِهِ . وَعَامَّةُ فَقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ الْمَوَاتَ يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي شُرُوطِهِ .

الإِنصاف ، تَعْرِيفُ الْمَوَاتِ بِمَجْمُوعِ أَمْرَيْنِ ؛ الْأَنْدِرَاسُ ، وَانْتِفَاءُ الْعِلْمِ ، تَخْصِيلاً لِّلْمَعْنَى الْمُتَقَدِّمِ عَنْ أَهْلِ اللَّغَةِ ؛ أَنَّهُ الَّذِي لَمْ يُسْتَخْرَجْ ، وَلَمْ يُعَمَّرْ . وَعَلَيْهِ نَصُّ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ . قَالَ : وَلَوْ اقْتَصَرَ الْمُصَنِّفُ عَلَى مَا قَالُوا ، لَكَانَ أَوْلَى وَأَبْيَنَ ، فَإِنَّ الدُّثُورَ يَقْتَضِي حَدُوثَ الْعُطْلِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ ؛ حَيْثُ قَالُوا : قَدَّمَ وَدَرَسَ . وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ تَقَدُّمَ عِمَارَةِ ، وَهُوَ مُنَافٍ لِّانْتِفَاءِ الْعِلْمِ بِالْمِلْكِ . قَالَ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِالدَّائِرَةِ ، الَّتِي لَمْ تُسْتَخْرَجْ ، وَلَمْ تُعَمَّرْ . وَهُوَ الْأَظْهَرُ مِنْ إِيْرَادِهِ ؛ لِقَوْلِهِ بَعْدَهُ : فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَصْفُ انْتِفَاءِ الْعِلْمِ بِالْمِلْكِ تَعْرِيفًا لِّمَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ مِنَ الْمَوَاتِ ، لَا لِمَاهِيَةِ الْمَوَاتِ . وَذَلِكَ حُكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ . ثُمَّ مَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ ، لَا يَكْفِي فِيهِ مَا قَالَ ، فَإِنَّ حَرِيمَ الْعَامِرِ ، وَمَا كَانَ جَمًى أَوْ مُصَلًى ، لَا يُمْلِكُ ، مَعَ أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . وَيُرَدُّ أَيْضًا عَلَى مَا قَالَ ، مَا عَلِمَ مِلْكُهُ لغير

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الخراج والإمارة والفتى . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في عمارة الموات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٣/٢ .

(٢) في : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ . كما أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضاً مواتاً ، من كتاب الحرث والمزراعة . صحيح البخاري ١٤٠/٣ .

فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمَلِكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .
المقنع

٢٤٦٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمَلِكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ،
ففيه رِوَايَتَانِ) وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَوْتَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَمْ يَجْرِ
عليه مِلْكٌ لِأَحَدٍ وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَثَرُ عِمَارَةٍ ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بغير
خِلَافٍ بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَخْبَارَ الْمَرْوِيَّةَ مُتَنَاقِلَةً لَهُ . الْقِسْمُ
الثَّانِي ، مَا جَرَى عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا لَهُ مَالِكٌ
مُعَيَّنٌ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا مُلِكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، فَهَذَا لَا يُمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ ، بغير خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ أَنَّ مَا عُرِفَ
بِمِلْكِ مَالِكٍ غَيْرِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ . الثَّانِي ،
مَا مُلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى ذُتِرَ وَعَادَ مَوَاتًا ، فَهُوَ كَالَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءٌ .

مَعْصُومٍ ، فَإِنَّهُ جَائِزُ الْإِحْيَاءِ . قَالَ : وَالْأَضْبَطُ فِي هَذَا مَا قِيلَ : الْأَرْضُ الْمُتْنَفَكَّةُ
عَنِ الْاِخْتِصَاصَاتِ ، وَمِلْكُ الْمَعْصُومِ . فَيَدْخُلُ كُلُّ مَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَيَخْرُجُ
كُلُّ مَا لَا يُمْلِكُ بِهِ . انتهى .

قوله : فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمَلِكِ ، وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ . إِنْ كَانَ
الْمَوْتُ لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكٌ لِأَحَدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَثَرُ عِمَارَةٍ ، مُلْكٌ بِالْإِحْيَاءِ ، بِلَا
خِلَافٍ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ مِرَارًا . وَإِنْ عَلِمَ لَهُ مَالِكٌ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، وَالْمَالِكُ مُوْجُودٌ ،
هُوَ أَوْ أَحَدٌ مِنْ وَرَثَتِهِ ، لَمْ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بِلَا خِلَافٍ ، بَلْ هُوَ إِجْمَاعٌ . حَكَاهُ
ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ وَغَيْرُهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ مُلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ، ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى ذُتِرَ وَعَادَ مَوَاتًا ،
فَهَذَا أَيْضًا لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ كَذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لِمَعْصُومٍ . وَإِنْ عَلِمَ لِمُلْكِهِ لِمُعَيَّنٍ
غَيْرِ مَعْصُومٍ ، فَإِذَا أَحْيَاهُ بَدَارِ الْحَرْبِ وَانْدَرَسَ ، كَانَ كَمَوَاتٍ أَصْلَى ، يَمْلِكُهُ
الْمُسْلِمُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ

وقال مالك: تُمْلِكُ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . ولأنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ مُبَاحٌ ، فَإِذَا تَرَكْتَ حَتَّى تَصِيرَ مَوَاتًا ، عَادَتْ إِلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالُكُهَا ، فَلَمْ تُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ ، كَالَّتِي مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، وَالْخَبَرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » . وَقَوْلُهُ : « مِنْ غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ » ^(١) . وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ حَدِيثِهِ . وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ » [٦٠/٥ ط] حَقٌّ : وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لِغَيْرِهِ ، فَيُعْرِسَ فِيهَا . رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي « سُنَنِهِ » . ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مُلِكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، فَتَقْيِيسُ عَلَيْهِ مَحَلُّ التَّزَاجُعِ . وَلِأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمِلْكُ عَنْهَا بِالتَّرْكِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْلاكِ إِذَا تَرَكْتَ حَتَّى

عَقِيلٌ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ : لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَقْتَضِيهِ مُطْلَقُ نُصُوصِهِ . وَإِنْ كَانَ لَا يُعْلَمُ لَهُ مَالِكٌ ، فَهُوَ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا أَثَرُ الْمِلْكِ فِيهِ غَيْرُ جَاهِلِيٍّ كَالْقُرَى الْخَرَبَةِ ، الَّتِي ذَهَبَتْ أَنْهَارُهَا ، وَدَرَسَتْ آثَارُهَا ، وَقَدْ شَمِلَهَا كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، فَفِي مِلْكِهَا بِالْإِحْيَاءِ رِوَايَتَانِ ، وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَا تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَأُطْلِقُوا . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ التَّفَرُّقُ بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَالْإِسْلَامِ ، كَمَا يَأْتِي قَرِيبًا .

(١) انظر تخریج البخاری السابق فی صفحة ٧٦ .

تَشَعَّثَتْ . وما ذَكَرُوهُ يَنْطُلُ بِالْمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرَى حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِاللُّقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالِفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتَهْلَكَ . التَّوَعُّ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَارُ مَلِكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَارِ الرُّومِ وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ وَنَحْوِهِمْ ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، فِي أَظْهَرِ الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَحَادِيثِ ، وَلأنَّ ذَلِكَ الْمَلِكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى طَاوُسٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادِيُّ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(١) . وَقَالَ : عَادِيُّ الْأَرْضِ ؛ الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الدَّهْرِ ، فَانْقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَنِيسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبَهَا إِلَى عَادٍ ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَعَ تَقَدُّمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَبَطْشٍ وَآثَارٍ كَثِيرَةٍ ، فَنُسِبَ كُلُّ أَثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا لِلْمُسْلِمِ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَشْبَهَ

قَبِيهِه : لَفْظُ الْمُصَنَّفِ وَغَيْرِهِ ، يَقْتَضِي تَعْيِيمَ الْخِلَافِ فِي الْمُنْدَرِسِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَبِدَارِ الْحَرْبِ ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي كُلِّ مِنْهُمَا ؛ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، وَالْمُصَنَّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبِالْجُمْلَةِ ، فَالصَّحِيحُ الْمَنْعُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَكَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ . بِخِلَافِ دَارِ الْحَرْبِ ، فَإِنَّ الْأَصَحَّ فِيهِ الْجَوَازُ . وَلَمْ يَذْكُرْ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » سِوَاهُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَتُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، عَلَى

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي : بَابِ الْإِقْطَاعِ ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ فِي إِقْطَاعِهَا ... ، الْأَمْوَالُ ٢٧٢ .
كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيٌّ بَيْعَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

ما لو تَعَيَّنَ مَالُكَه . قال شيخنا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمِلْكِ وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ لَا يُمْلَكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا فَاسْتَحَقُّوهُ ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عُمَرَ لَهُ ، فَلَمْ يُمْلَكْ ، كَمَا لو عُلِمَ مَالُكَه . النَّوْغُ الثَّالِثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمِلْكُ فِي الْإِسْلَامِ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ؛ لِمَا رَوَى كَثِيرُ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ »^(٢) .

الأَصْحَحُ ، قَرِيَّةٌ خَرَابٌ ، لَمْ يَمْلِكْهَا مَغْصُومٌ . وَإِذَا قِيلَ بِالْمَنْعِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، كَانَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ ؛ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا أَثَرُ الْمِلْكِ فِيهِ جَاهِلِيٌّ قَدِيمٌ ؛ كَدِيَارِ عَادٍ ، وَمَسَاكِينِ ثَمُودَ ، وَأَثَارِ الرُّومِ ، وَقَدْ شَمِلَهَا أَيْضًا كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، وَكَذَا كَلَامُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » خِلَافًا فِي جَوَازِ إِحْيَائِهِ ، وَكَذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ ، وَالصَّحِيحُ

(١) فِي : الْمَغْنَى ١٤٧/٨ .

(٢) انظر ما تقدم في صفحة ٧٦ .

كما أخرجه البيهقي ، فِي : بَابِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

فَقَيْدَهُ بِكَوْنِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزِ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا [١٦١/٥] إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ ، فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ . وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهَا تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ . نَقْلُهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَهِيَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّهَا أَرْضٌ مَوَاتٌ لَا حَقَّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ، وَلِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كُلْقَطَةٌ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ، فَهِيَ كَالرُّكَازِ .

مِنْ الْمَذْهَبِ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ وَأَصْحَابَهُ لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُمْ فِي الْبَيْتِ الْعَادِيَةِ ، وَهُوَ نَصٌّ مِنْهُ فِي خُصُوصِ النَّوْعِ . وَصَحَّحَ الْمَلِكُ فِيهِ بِالْإِحْيَاءِ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « التَّضْحِيحِ » ، وَغَيْرُهُمْ . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، مَا لَا أَثَرُ فِيهِ ، جَاهِلِيٌّ قَرِيبٌ ، وَقَدْ شَمِلَهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُمْلَكُ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، مَا تَرَدَّدَ فِي جَرَيَانِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ ، ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » ، وَالسَّامُرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالُوا : الْأَصَحُّ الْجَوَازُ . وَالرَّوَايَةُ [٢٢٢/٢] ظ [٢٢٢/٢] الثَّانِيَةُ ، عَدَمُ الْجَوَازِ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ مَلَكَهَا مَنْ لَهُ حُرْمَةٌ ، أَوْ مَنْ يُشَكُّ فِيهِ وَلَمْ يُعْلَمْ ، لَمْ يَمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا فَيءٌ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْخَرْقِيِّ ، وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةُ أَصْحَابِهِ ؛ كَالشَّرِيفِ ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَالشَّيرَازِيِّ . انْتَهَى . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ .

المقنع وَ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فِي دَارِ
الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا .

الشرح الكبير ٢٤٦٤ - مسألة : (وَ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) لِلْأَخْبَارِ الَّتِي

رَوَيْنَاهَا (مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا) لِعُمُومِ
الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّ عَامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ ، كَسَائِرِ
أُمُورِهِمْ . فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالُكَ
مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا مِلْكُ كَافِرٍ غَيْرُ مُحْتَرَمٍ ، فَأُشْبِهَ
دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ » . وَلِأَنَّ الرَّكَازَ مِنْ أُمُورِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا

الإنصاف

قال في « الفائق » : مَلَكَ فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَاتِ . وَعَنْهُ ، تُمْلِكُ مَعَ الشُّكِّ فِي سَابِقِ
الْعِصْمَةِ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، مِنْهُمْ ؛ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .
وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . الثَّانِيَةُ ، لَوْ
عُلِمَ مَالُكُهَا ، وَلَكِنَّهُ مَاتَ وَلَمْ يُعْقَبْ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ . (وَعَنْهُ ، تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ) . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، لِلإِمَامِ إِقْطَاعُهُ مَنْ شَاءَ .

قوله : وَ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، بِإِذْنِ الإِمَامِ أَوْ
غَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا ، إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِي أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِي صَوَّلُحُوا
عَلَيْهَا ، وَمَا قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَمْ يُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ
هَذَا مَسَائِلَ ؛ إِحْدَاهَا ، مَا أَحْيَاهُ الْمُسْلِمُ مِنَ الْأَرْضِ الْمَيْتَةِ ، فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَمْلِكُهَا

(١ - ١) زيادة من : ١ .

أَوَّلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ : « عَادَى الْأَرْضِ » . يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ وَمَصَّتْ عَلَيْهِ الْأَزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ فَلَا حُكْمَ لِلْمَالِكِ . فَأَمَّا مَا قَرَّبَ مِلْكُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ مَالِكًا بَاقِيًا وَإِنْ لَمْ يَتَّعِنَ ، فَلِهَذَا قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَأَمَّا الرَّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا يُخَالِفُ الْأَرْضَ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ لُقْطَةً دَارِ الْإِسْلَامِ تُمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ .

بُشْرُوهُ الْآتِيَةِ . الثَّانِيَةُ ، مَا أَحْيَاهُ الْكُفَّارُ ، وَهُمْ صِنْفَانِ ؛ صِنْفٌ أَهْلُ ذِمَّةٍ ، فَيَمْلِكُونَ مَا أَحْيَوْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » وَغَيْرِهَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَنْصُوصُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِثَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، لَكِنْ حَمَلَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَمَنْ تَبِعَهُ ، ذَلِكَ عَلَى دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَذَهَبَ فَرِيقٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إِلَى الْمَنْعِ ، مِنْهُمْ ابْنُ حَامِدٍ ، « أَخَذًا مِنْ امْتِنَاعِ شُفْعَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَرُدُّ ، وَفَرَّقَ الْأَصْحَابُ بَيْنَهُمَا . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، مِنْهُمْ ابْنُ حَامِدٍ ^(١) . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : يَمْلِكُهُ الذَّمُّ فِي دَارِ الشُّرْكِ ، وَفِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَجْهَانِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصِ ، إِنَّ أَحْيَاءَ عَتَوْهُ ، لَزِمَ عَنْهُ الْخَرَجُ ، وَإِنْ أَحْيَا غَيْرَهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فصل : ولا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء . نص عليه أحمد .
 وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام .
 قال القاضي : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ؛ لقول رسول الله ﷺ :
 « مَوْتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنْنِي »^(١) . فجمع المَوْتَانِ ،
 ثم جعله للمسلمين . ولأنَّ مَوْتَانِ الْأَرْضِ مِنْ حُقُوقِهَا ، والدار
 للمسلمين ، فكان مَوَاتُهَا لَهُمْ ، كَمَرَاقِ الْمَمْلُوكِ . ولنا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ
 السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٢) . ولأنَّ هذه جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ
 التَّمْلِيكِ ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جِهَاتِهِ . وحديثهم لا

أشهر الروايتين . وعنه ، عليه عَشْرُ ثَمَرَةٍ وَزَرْعِهِ . والصَّنْفُ الثَّانِي ، أَهْلُ حَرْبٍ ،
 فظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُمْ كَأَهْلِ الذِّمَّةِ فِي ذَلِكَ . وهو ظاهرُ كلامِ جماعةٍ ،
 منهم صاحبُ « الْوَجِيزِ » ، وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . والصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا
 يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ ، وهو ظاهرُ كلامِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ،
 و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وغيرِهِمْ . وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ^(٣) : وَيُمْكِنُ حَمْلُ
 كَلَامِهِ مَنْ أَطْلَقَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَأَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ لِلْعَهْدِ ؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ جَارِيَةً
 عَلَيْهِمْ . لَكِنْ يَرُدُّ عَلَى ذَلِكَ ، كَوْنُ الْمَسْأَلَةِ ذَاتِ خِلَافٍ ، فَيَكُونُ الظَّاهِرُ مُوَافِقًا
 لِأَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَيَرُدُّهُ كَوْنُ الْمُصَنِّفِ لَمْ يَحْكُ فِي كُتُبِهِ خِلَافًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
 وَالْكَافِرُ ، عَلَى إِطْلَاقِهِ ، صَحِيحٌ فِي أَرْضِي الْكُفَّارِ ؛ لِعُمُومِ الْأَدْلَةِ . وَهَذَا

(١) انظر تخریج حدیث : « عادی الأرض لله ولرسوله » . صفحة ٧٩ .

(٢) انظر ما تقدم تخریجه فی صفحة ٧٥ .

(٣) سقط من : ط .

الشرح الكبير

نَعْرِفُهُ ، إِنَّمَا نَعْرِفُ قَوْلَهُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ » [١٦١/٥ ط] وَرَسُولُهُ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُهَا . هَكَذَا رَوَاهُ ^(١) سَعِيدُ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَهُوَ مُرْسَلٌ ، رَوَاهُ طَاوُسٌ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . ثُمَّ لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُرِيدَ بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكُمْ » . أَيْ لِأَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ . وَالذَّمُّ مِنْ أَهْلِ

الصَّوَابُ . الثَّلَاثَةُ ، إِنْ كَانَ الْإِحْيَاءُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، مَلَكَهٗ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، فَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُهُ فِي ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْمُبْهَجِ » ، وَرَوَايَةٌ فِي « الْإِقْنَاعِ » ، وَ « الْوَاضِحِ » . الرَّابِعَةُ ، مَا أَحْيَاهُ الْمُسْلِمُ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِي صَوْلَحُوا عَلَيْهَا عَلَى أَنَّهُمْ لَهَا ، فَهَذِهِ لَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَمَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِيهِ اخْتِمَالٌ ، أَنَّهَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ كَغَيْرِهَا . الْخَامِسَةُ ، مَا قُرِبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، كَطَرُقِهِ وَفَنَائِهِ ، وَمَسِيلِ مَائِهِ ، وَمَطَرَحِ قِمَامَتِهِ ، وَمَلَقَى تُرَابِهِ ، وَآلَاتِهِ ، وَمَرْعَاهُ ، وَمُحْتَطَبِهِ ، وَحَرِيمِ الْبَيْرِ وَالتَّنْهَرِ ، وَمُرْتَكُضِ الْخَيْلِ ، وَمَذْفَنِ الْأَمْوَاتِ ، وَمُنَاخِ الْإِبِلِ ، وَغَوَاهَا ، فَهَذَا لَا يَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ مِنْ رَوَايَةٍ غَيْرِ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَقْطَعُهُ الْإِمَامُ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهِ . وَقِيلَ : لِمَلِكِهِ لَهُ .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : فِي دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا . أَنَّ مَوَاتِ أَرْضِ الْعَنْوَةِ كَغَيْرِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) فِي م : رَوَى .

الدَّارِ ، تَجَرَّى عَلَيْهِ أَحْكَامُهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا مِنْ حُقُوقِ دَارِ الْإِسْلَامِ .
قُلْنَا : هُوَ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ ، فَيَمْلِكُهَا كَمَا يَمْلِكُهَا بِالشُّرَاءِ ، وَلَأنَّهُ يَمْلِكُ
مُبَاحَاتِهَا مِنَ الْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ وَالصُّيُودِ وَالرَّكَازِ وَالْمَعْدِنِ وَاللُّقْطَةِ ،
وهي مِنْ مَرَافِقِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَكَذَلِكَ الْمَوَاتُ .

« الْمُعْنَى » ، و « الْمُحَرَّرِ »^(١) ، و « الشَّرْح » ، و « الْفُرُوع » ،
و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي
« تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَقْوَى . وَعَنهُ ، لَا تَمْلِكُ بِالْإِخْيَاءِ ، لَكِنْ تُقَرِّبُ يَدَهُ
بِخَرَاجِهِ^(٢) ، كَمَا لَوْ أَحْيَاهُ^(٣) ذِمِّيٌّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ أَبِي
مُوسَى ، وَأَبَى الْفَرَجِ الشَّيرَازِيِّ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » : وَبِهِ أَقُولُ .
انْتَهَى . وَعَنهُ ، إِنْ أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ ، فَعَلَيْهِ عَشْرُ ثَمَرِهِ وَزَرْعِهِ . وَعَنهُ ، عَلَى ذِمِّيٍّ أَحْيَا
غَيْرَ عَنَوةٍ عَشْرُ ثَمَرِهِ وَزَرْعِهِ . وَقِيلَ : لَامَوَاتٍ فِي أَرْضِ السَّوَادِ . وَحَمَلَهُ الْقَاضِي
عَلَى عَامِرِهِ . [٢٢٣/٢] قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : لَامَوَاتٍ فِي عَامِرِ
السَّوَادِ . وَقِيلَ : وَلَا غَامِرِهِ .

فَائِدَةٌ : هَلْ يَمْلِكُ الْمُسْلِمُ مَوَاتَ الْحَرَمِ وَعَرَفَاتَ بِإِحْيَائِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .
وَأُطْلَقَ هُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، و « الرُّعَايَةِ » ، و « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الْأَوَّلَى أَنَّهُ
لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِالْإِخْيَاءِ ، ثُمَّ وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ قَالَ : هَذَا الْحَقُّ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ١ : « بِخَرَاجِهَا » .

(٣) في ١ : « أَحْيَاهَا » .

بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الْمَقْنَعِ
الَّتِي صُولِحُوا عَلَيْهَا .

٢٤٦٥ - مسألة : وَيَمْلِكُهُ (بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ،
أَنَّ إِحْيَاءَ الْمَوَاتِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِفْهِمِ الْإِمَامِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو
يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ مَذْخَلًا
فِي النَّظَرِ فِي ذَلِكَ ، بِدَلِيلٍ مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا فَلَمْ يُحْيِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْإِحْيَاءِ
أَوْ التَّرْكِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ، كَمَا لَيْتَ الْمَالِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :
« مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . وَلِأَنَّ هَذِهِ عَيْنُ مُبَاحَةٍ ، فَلَا يَفْتَقِرُ تَمْلِكُهَا
إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، كَأَخْذِ الْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ ، وَنَظَرُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ لَا
يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ إِذْنِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةٍ ، طَالَبَهُ الْإِمَامُ أَنْ
يَأْخُذَ حَاجَتَهُ وَيَنْصَرِفَ ، وَلَمْ يَفْتَقِرْ ذَلِكَ إِلَى إِذْنِهِ . وَأَمَّا مَا لَيْتَ الْمَالِ
فَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلِلْإِمَامِ تَعْيِينُ مَصَارِفِهِ وَتَرْتِيبُهَا ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ،
بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّ هَذَا مُبَاحٌ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ كَانَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهِ ،
كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ .

٢٤٦٦ - مسألة : (إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِي
صُولِحُوا عَلَيْهَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ جَمِيعَ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَا سِوَاءَ ، الْمَفْتُوحِ
عَنْوَةً ؛ كَأَرْضِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ ، وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ كَالْمَدِينَةِ ، وَمَا
صُولِحَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ كَأَرْضِ خَيْبَرَ ، إِلَّا الَّذِي صُولِحَ
أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لَهُمْ وَلَنَا الْخَرَاجَ عَنْهَا ، فَإِنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : لَوْ دَخَلَ

المقنع وَمَا قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَمْ يُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ .
وَأِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير إليها مُسْلِمٌ فَأَخِيَا فِيهَا مَوَاتًا لَمْ يُمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ صُولُ حُوفٍ بِإِلَادِهِمْ ، فَلَا يَجُوزُ
التَّعَرُّضُ لَشَيْءٍ مِنْهَا ، عَامِرًا كَانَ أَوْ مَوَاتًا ؛ [١٦٢/٥] لِأَنَّ الْمَوَاتَ تَابِعٌ
لِلْبَلَدِ ، فَإِذَا لَمْ يُمْلِكْ عَلَيْهِمُ الْبَلَدَ لَمْ يُمْلِكْ مَوَاتَهُ . وَيُفَارِقُ دَارَ الْحَرْبِ ،
حَيْثُ يُمْلِكُ مَوَاتَهَا ؛ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ ، وَهَذِهِ
صَالِحَانَهُمْ عَلَى تَرْكِهَا لَهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُمْلِكَهَا مَنْ أَحْيَاها ؛ لِعُمُومِ
الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهَا مِنْ مُبَاحَاتِ دَارِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ يُمْلِكَهَا مَنْ وَجَدَ مِنْهُ سَبَبُ
تَمْلِكِهَا ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي السَّوَادِ
مَوَاتٌ . يَعْنِي سَوَادَ الْعِرَاقِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْعَامِرِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ أَحْمَدَ قَالَ ذَلِكَ لِكَوْنِ السَّوَادِ كَانَ مَعْمُورًا كُلَّهُ فِي زَمَنِ عُمَرَ
ابْنِ الْخَطَّابِ ، حِينَ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ ، حَتَّى بَلَغْنَا أَنَّ رَجُلًا
مِنْهُمْ ^(١) سَأَلَ أَنْ يُعْطَى خَرِبَةٌ ، فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ خَرِبَةً فَقَالَ : إِنَّمَا ^(٢) أَرَدْتُ
أَنْ أُعْلِمَكُمْ كَيْفَ أَخَذْتُمُوهَا مِتًّا . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَوَاتٌ حِينَ مَلَكَهَا
الْمُسْلِمُونَ ، لَمْ يَصِرْ فِيهَا مَوَاتٌ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ مَا دَثَرَ مِنْ أَمْثَالِكِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ
يَصِرْ مَوَاتًا ، عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

٢٤٦٧ - مسألة : (وما قُرْبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَا يُمْلِكُ
بِالْإِحْيَاءِ . فَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ) كُلُّ مَا تَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ

الإنصاف قوله : وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

العامر ؛ مِنْ طُرُقِهِ ، وَمَسِيلِ مَائِهِ ، وَمُطَرِّحِ قُمَامَتِهِ ، وَمُلْقَى ثَرَابِهِ ،
وآلَاتِهِ ، لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَكَذَلِكَ مَا تَعَلَّقَ
بِمَصَالِحِ الْقَرْيَةِ ؛ كِفَنَائِهَا ، وَمَرْعَى مَاشِيَتِهَا ، وَمُحْتَطِبِهَا ، وَطُرُقِهَا ،
وَمَسِيلِ مَائِهَا ، لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ أَيْضًا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ
الْعِلْمِ . وَكَذَلِكَ حَرِيمُ الْبَيْتِ وَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، وَكُلُّ مَمْلُوكٍ لَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ
مَا تَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً
فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » ^(١) . مَفْهُومُهُ أَنَّ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُسْلِمٍ لَا
يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَلَئِنَّهُ تَابِعٌ لِلْمَمْلُوكِ ، وَلَوْ جَوَزْنَا إِحْيَاءَهُ ، لَبَطَلَ الْمِلْكُ
فِي الْعَامِرِ عَلَى أَهْلِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ هَذِهِ الْمَرَاقِفَ لَا يَمْلِكُهَا الْمُحْيِي

و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَائِقِ » ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ
الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « التَّلْخِصِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحِيحِ » ، و « الْحَارِثِيِّ » ،
وغيرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هِيَ أَنْصَهُمَا وَأَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ .
وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ صَاحِبُ الْعَامِرِ دُونَ غَيْرِهِ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، حُكْمُ إِقْطَاعِ ذَلِكَ حُكْمِ إِحْيَائِهِ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : لَوْ اخْتَلَفُوا فِي الطَّرِيقِ وَقَتَ الْإِحْيَاءِ ، جُعِلَتْ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ لِلْخَبَرِ ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٨٠ .

بالإحياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره ؛ لأنَّ الإحياءَ الذي هو سببُ الملكِ لم يوجد فيها . وقال الشافعي : يملكُ بذلك . وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقِيَّ في حريمِ البئر ؛ لأنَّه مكانٌ استَحَقَّه بالإحياء ، فملكه ، كالمُحْيِي ، ولأنَّ [١٦٢/٥] مَعْنَى الْمَلِكِ مَوْجُودٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ مَعَ الدَّارِ فِي الْبَيْعِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ صَاحِبُهَا . فَأَمَّا مَا قُرِبَ مِنَ الْعَامِرِ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَيَجُوزُ إحيَاؤُهُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ إِلَى الصَّقَرِ ، فِي رَجُلَيْنِ أَحْيَا قِطْعَتَيْنِ مِنْ مَوَاتٍ ، وَبَقِيََتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فَلَيْسَ لَهَا مَنَعُهُ . وَقَالَ فِي جَبَانَةٍ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » .

وَلَا تُغَيَّرُ بَعْدَ وَضْعِهَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى سَبْعَةِ أَذْرُعٍ ؛ لِأَنَّهَا لِلْمُسْلِمِينَ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَ ابْنُ حَامِدٍ ^(١) أَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي أَرْبَابِ مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ أَرَادُوا قِسْمَتَهُ ، وَاخْتَلَفُوا فِي قَدْرِ حَاجَتِهِمْ . قُلْتُ : قَالَ الْجَوْزْجَانِيُّ فِي « الْمُتَرَجَمِ » عَنْ قَوْلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ : لَا بَأْسَ بِنِيبَاءِ مَسْجِدٍ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالطَّرِيقِ : عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ مِنَ الضَّرَرِ بِالطَّرِيقِ مَا وَقَّتَ النَّبِيُّ ﷺ ، مِنَ السَّبْعِ الْأَذْرُعِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالْثَمَانِينَ » : كَذَا قَالَ . قَالَ : وَمُرَادُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ الْبِنَاءُ إِذَا فَضَلَ مِنَ الطَّرِيقِ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا اخْتَلَفْتُمْ فِي الطَّرِيقِ ، فَاجْعَلُوهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ » ^(٢) . فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لِقَوْمٍ أَرَادُوا الْبِنَاءَ ، وَتَشَاحُّوا فِي

(١) فِي ١ : « بَطْلَةٌ » .

(٢) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ قَدْرِ الطَّرِيقِ إِذَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ١٢٣٢/٣ .
وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِذَا تَشَاحُّوا فِي قَدْرِ الطَّرِيقِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٨٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٣٥/١ ، ٣٠٣ .

ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ^(١) ، وهو يَعْلَمُ أَنَّهُ بَيْنَ^(٢) عِمَارَةِ الْمَدِينَةِ . ولأنَّه مَوَاتٌ لم تَتَعَلَّقْ بِهِ مَصْلَحَةُ الْعَامِرِ ، فجاز إحياءه ، كالْبَعِيدِ . والثانية ، لا يَجُوزُ إحياءه . وبه قال أبو حنيفة ، واللَّيْثُ ؛ لأنَّه في مَظْنَةِ تَعَلُّقِ الْمَصْلَحَةِ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بَابٍ فِي حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ وَيَجْعَلَهُ طَرِيقًا ، أَوْ يَخْرَبَ حَائِطُهُ فَيَجْعَلَ آلَاتِ الْبِنَاءِ فِي فَنَائِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فلم يَجْزُ تَقْوِيَتُ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يُرْجَعُ فِي الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ إِلَى الْعُرْفِ . وقال اللَّيْثُ : حَدَّثَهُ غُلُوَّةٌ^(٣) ، وهو^(٤) خُمْسُ خُمْسِ الْفَرَسِخِ^(٥) . وقال أبو حنيفة : حَدَّثَ الْبَعِيدِ هُوَ الَّذِي إِذَا وَقَفَ الرَّجُلُ فِي أَدْنَاهُ ، فَصَاحَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ ، لم يَسْمَعْ أَدْنَى أَهْلِ الْمِصْرِ إِلَيْهِ . وَلَنَا^(٥) ، أَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالتَّوْقِيفِ ، وَلَا يُعْرَفُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحَكُّمِ ، ولم يَرِدْ مِنَ الشَّرْعِ تَحْدِيدُهُ لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ وَالْإِخْرَازِ ، فَقَوْلُ مَنْ حَدَّدَ هَذَا تَحَكُّمٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ،

مِقْدَارٍ مَا يَتَرُكُونَهُ مِنْهَا لِلطَّرِيقِ . وبذلك فَسَّرَهُ ابْنُ بَطَّةَ ، وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ، الْإِنْصَافُ وَالْأَصْحَابُ ، وَأَنْكَرُوا جَوَازَ تَضْيِيقِ الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ إِلَى أَنْ يَبْقَى سَبْعَةُ أَذْرُعٍ . انتهى . وَقَدْ مَاقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . الثَّلَاثَةُ ، إِذَا نَصَبَ

(١) انظر ما تقدم في ٥٧٧/٦ وما ساقى في صفحة ١٢٧ .

(٢) في م : « من » .

(٣) تقدر بثلاثمائة إلى أربعمائة ذراع .

(٤ - ٥) في المغنى ١٥٠/٨ : « خمس الفرسخ » .

(٥) في م : « الثاني » .

وَلَا تُمْلِكُ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ، كَالْمِلْحِ ، وَالْقَارِ ، وَالنَّفْطِ ،
وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ ، بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ [١٤٧ ط] لِلْإِمَامِ
إِقْطَاعُهُ .

وليس ذلك بأوّلَى مِنْ تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ ، كَمِيلٍ أَوْ نِصْفِ مِيلٍ . وهذا
التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرُوهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، يَخْتَصُّ بِمَا قَرُبَ مِنَ الْمَصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ ،
وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدًّا لِكُلِّ مَا قَرُبَ مِنْ عَامِرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُفَضَّى إِلَى أَنْ مَنْ
أَحْيَا أَرْضًا فِي مَوَاتٍ ، حَرُمَ إِحْيَاءُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ ، مَا
لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ الْحَدِّ .

٢٤٦٨ - مسألة : (وَلَا تُمْلِكُ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ؛ كَالْمِلْحِ ،
[١٦٣/٥ ط] وَالْقَارِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ ، وَالنَّفْطِ ، بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ
لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوَصَّلُ إِلَى
مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤَنَّةٍ ، يَتَنَابُهَاتُ النَّاسُ ، وَيَتَنَفَّعُونَ بِهَا ؛ كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ،

الْمَاءُ عَنْ جَزِيرَةٍ ، فَلَهَا حُكْمُ الْمَوَاتِ ؛ لِكُلِّ أَحَدٍ إِحْيَاؤُهَا ، بَعْدَتْ أَوْ قَرَبَتْ . ذَكَرَهُ
ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَنَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : هَذَا مَعَ عَدَمِ الضَّرَرِ . وَنَصَّ عَلَيْهِ . انْتَهَى . الرَّابِعَةُ ، مَا غَلَبَ الْمَاءُ عَلَيْهِ
مِنَ الْأَمْلاكِ وَاسْتَبَحَرَ ، بَاقٍ عَلَى مِلْكِ مُلَّاكِهِ ، لَمْ أَخْذُهُ إِذَا نَصَّبَ عَنْهُ . نَصَّ عَلَيْهِ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يُمْلِكُ مَا نَصَّبَ مَأْوُهُ . وَفِيهِ رِوَايَةٌ .

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَلَا تُمْلِكُ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ؛ كَالْمِلْحِ ،
وَالْقَارِ ، وَالنَّفْطِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ . وَكَذَلِكَ الْمَاءُ ، وَالْكَبْرِيتُ ، وَالثُّومُنِيَا ،

الشرح الكبير

والكِبْرِيَّةِ ، وَالْقَيْرِ^(١) ، وَالْمُومِيَا^(٢) ، وَالنَّفْطِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْبِرَامِ^(٣) ،
وَالْيَاقُوتِ ، وَمَقَاطِعِ الطِّينِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَا
يَجُوزُ إِقْطَاعُهُ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، وَلَا اخْتِجَارُهُ دُونَ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ
صَرَرًا بِالْمُسْلِمِينَ وَتَضْيِيقًا عَلَيْهِمْ ، وَلِمَا رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرَمِذِيُّ ، بِإِسْنَادِهِمْ^(٤) ، عَنْ أَبِيضَ بْنِ حَمَالٍ ، أَنَّهُ اسْتَقَطَعَ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ الْمِلْحَ الَّذِي بِمَأْرَبَ ، فَلَمَّا وَلَّى ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَدْرِي مَا
أَقْطَعْتَ لَهُ ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ الْمَاءَ الْعِدَّةَ^(٥) . فَرَجَعَهُ مِنْهُ . قَالَ : قُلْتُ : يَا

الإنصاف

وَالْبِرَامِ ، وَالْيَاقُوتِ ، وَمَقَاطِعِ الطِّينِ ، وَنَحْوِهِ . أَنَّ الْمَعَادِنَ الْبَاطِنَةَ تُمْلَكُ . وَهُوَ
وَجْهٌ وَاحْتِمَالٌ لِلْمُصَنَّفِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ جَمَاعَةٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنَصَّ عَلَيْهِ
فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، فَلَا تُمْلَكُ .
قَالَ الْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ :
هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا يُمْلَكُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ
إِقْطَاعُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .

(١) القير : الزفت .

(٢) موميا : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء ، تلتطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ لا
تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ١٦٩/٤ .

(٣) البرام : القندور من الحجارة .

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ١٥٥/٢ ، ١٥٦ .
والتِّرَمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ ، ١٥٠ . كما
أخرجه ابن ماجه ، في : باب إقطاع الأنهار والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والدارمي ،
في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٨/٢ . وأبو عبيد في الأموال ٢٧٥ .
(٥) العِدَّة : الجارى .

رسول الله، ما يُحْمَى^(١) مِنَ الْأَرَاكِ؟ قَالَ: «مَا لَمْ تَنْلُهُ أُخْفَافُ الْإِبِلِ». وهو حديث غريب. ورواه سعيد، قال: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ الْمَارِبِيِّ^(٢)، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِيضَ بْنِ حَمَّالٍ الْمَارِبِيِّ^(٣) قَالَ: اسْتَقَطَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ الْمِلْحِ بِمَارِبَ، فَأَقْطَعْنِيهِ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ. يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَلَا إِذْنَ». وَلَأنَّ هَذَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ الْعَامَّةُ، فَلَمْ يَجْزْ إِحْيَاؤُهُ وَلَا إِقْطَاعُهُ، كَمَشَارِعِ الْمَاءِ وَطُرُقَاتِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: هَذَا مِنْ مَوَادِّ اللَّهِ الْكَرِيمِ، وَفَيْضِ جُودِهِ الَّذِي لَا غِنَاءَ عَنْهُ، وَلَوْ مَلَكَهَ أَحَدٌ بِالْإِحْتِجَارِ، مَلَكَ مَنَعَهُ، فَضَاقَ عَلَى النَّاسِ، فَإِنْ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ أَغْلَاهُ، فَخَرَجَ عَنِ الْوَضْعِ الَّذِي وَضَعَهُ اللَّهُ بِهِ مِنْ تَعْمِيمِ ذَوِي الْحَوَائِجِ مِنْ غَيْرِ كُلْفَةٍ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا.

الإنصاف
فائدة: حُكْمُ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً، حُكْمُ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ الْأَصْلِ.

التَّيْبَةُ الثَّانِي، مَفْهُومُ قَوْلِهِ عَنِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ: وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ. أَنَّ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ. وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ، وَالشَّارِحِ. وَذَكَرَ الْحَارِثِيُّ أدِلَّةَ ذَلِكَ، وَقَالَ: هَذَا قَاطِعٌ فِي الْجَوَازِ، فَالْقَوْلُ بِخِلَافِهِ بَاطِلٌ. وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ

(١) بعده في م: «لى».

(٢) في ر ١: «المازني». وانظر المشتبه للذهبي ٥٦٤.

الشرح الكبير

فصل : فَأَمَّا الْمَعَادِنُ الْبَاطِنَةُ ، وَهِيَ الَّتِي لَا يُوصَلُ إِلَيْهَا إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ؛ كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالنُّحَاسِ ، وَالرَّصَاصِ ، وَالْبَلُّورِ ، وَالْفَيْرُوزِجِ ، فَإِنْ كَانَتْ ظَاهِرَةً ، لَمْ تُمْلِكْ أَيْضًا [١٦٣/٥] بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ظَاهِرَةً ، فَحَفَرَهَا إِنْسَانٌ وَأَظْهَرَهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ، فَمِلْكُ الْإِحْيَاءِ ، كَالْأَرْضِ ، وَلَئِنْ بَإِظْهَارِهِ تَهَيَّأَ لِلانْتِفَاعِ بِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ الْأَرْضَ إِذَا أَحْيَاها بِمَاءٍ أَوْ حَاطَهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْإِحْيَاءَ الَّذِي يُمْلِكُ بِهِ هُوَ الْعِمَارَةُ الَّتِي يَتَهَيَّأُ بِهَا الْمُحْيَا لِلانْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارِ عَمَلٍ ، وَهَذَا حَفَرٌ وَتَخْرِيْبٌ يَحْتَاجُ إِلَى تَكَرُّارٍ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اخْتَفَرَ

وغيره ، وَقَدْ هَدَاهُمُ اللَّهُ إِلَى الصَّوَابِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَا يَجُوزُ إِقْطَاعُ مَا لَا يُمْلِكُ مِنَ الْمَعَادِنِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ : يَجُوزُ . فَظَاهِرُ عِبَارَتِهِ ، إِذْخَالُ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ فِي اخْتِيَارِ الشَّيْخِ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ ، كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : قَالَه أَصْحَابُنَا . وَكَذَا قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمَا .

تَنْبِيْهُ : مِثْلَ الْمُصَنِّفِ وَجَمَاعَةٍ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ ، مِنَ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ بِالْمِلْحِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ ، فَإِنَّ مِنْهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَى عَمَلٍ وَحَفَرٍ ، وَذَلِكَ مِنْ قَبِيلِ الْبَاطِنِ . وَالصَّوَابُ أَنَّ الْمَائِيَّ مِنْهُ مِنَ الظَّاهِرِ ، وَكَذَا الظَّاهِرُ مِنَ الْجَبَلِ ، وَمَا اخْتَجَّ إِلَى كَشْفِ سِيرِهِ . وَأَمَّا الْمُحْتَاجُ إِلَى الْعَمَلِ وَالْحَفَرِ ، فَمِنْ قَبِيلِ الْبَاطِنِ .

المقنع
فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ الْمَاءُ صَارَ
مِلْحًا ، مَلَكُهُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ .

الشرح الكبير
بِئْرًا مَلَكَهَا وَمَلَكَ حَرِيمَهَا . قُلْنَا : الْبِئْرُ تَهَيَّأتُ لِلانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ
حَفْرِ وَلَا عِمَارَةٍ ، وَهَذِهِ الْمَعَادِنُ تَحْتَاجُ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ إِلَى عَمَلٍ
وَعِمَارَةٍ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُمَلِّكُ
بِالْإِحْيَاءِ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْخَارِثِ
مَعَادِنَ الْقَبِيلَةِ ، جَلَسِيَّهَا وَعَوْرِيَّهَا^(١) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٢) .

٢٤٦٩ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ
الْمَاءُ صَارَ مِلْحًا ، مُلْكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ) لِأَنَّهُ^(٣) لَا يُضَيِّقُ عَلَى
الْمُسْلِمِينَ بِإِحْدَاثِهِ ، بَلْ يَخْدُثُ نَفْعُهُ بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يُنْتَفَعِ مِنْهُ ، كَبَقِيَّةِ
الْمَوَاتِ . وَإِحْيَاءُ هَذَا تَهَيَّئَتْ لِمَا يَصْلُحُ لَهُ ؛ مِنْ حَفْرِ تَرَابِهِ ، وَتَمْهِيدِهِ ،
وَفَتْحِ قَنَاةٍ إِلَيْهِ تَصُبُّ الْمَاءُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَهَيَّأُ بِهَذَا لِلانْتِفَاعِ بِهِ .

الإنصاف
قوله : فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ الْمَاءُ صَارَ مِلْحًا ، مُلْكُ
بِالْإِحْيَاءِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ مُحْيِيهِ . قَالَ
فِي « الرِّعَايَةِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : مُلْكُ بِالْإِحْيَاءِ فِي أَصَحِّ
الْوُجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ،
وغيرهم . وَقِيلَ : لَا يُمَلِّكُ بِالْإِحْيَاءِ .

(١) المجلسي : مَا كَانَ مِنْ أَرْضِ نَجْدٍ . وَالْفُورِيُّ : مَا كَانَ مِنْ بِلَادِ تِهَامَةٍ .

(٢) تقدم تخريجُه في ٥٧٧/٦ .

(٣) سقط من : م .

وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الْمَقْنَعِ
الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

٢٤٧٠ - مسألة : (وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا ، مَلَكَ مَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) إِذَا مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْإِحْيَاءِ ، فَظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ جَامِدٌ ، مَلَكَهُ ، ظَاهِرًا كَانَ أَوْ بَاطِنًا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَرْضَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا وَطَبَقَاتِهَا ، وَهَذَا مِنْهَا . وَيُفَارِقُ [١٦٤/٥] الْكَتْزَ ، فَإِنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا ، وَلَيْسَ مِنْ أَجْزَائِهَا . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ ظَاهِرًا قَبْلَ إِحْيَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ نَفْعًا كَانَ وَاصِلًا إِلَيْهِمْ ، وَمَنْعَهُمْ انْتِفَاعًا كَانَ لَهُمْ ، وَهَهُنَا لَمْ يَقْطَعْ عَنْهُمْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ظَهَرَ بِإِظْهَارِهِ . وَلَوْ تَحَجَّرَ الْأَرْضَ أَوْ أَقْطَعَهَا ، فَظَهَرَ فِيهَا الْمَعْدِنُ قَبْلَ إِحْيَائِهَا ، كَانَ لَهُ إِحْيَاؤها ، وَيَمْلِكُهَا بِمَا فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَحَقَّ بِتَحَجُّرِهَا وَإِقْطَاعِهَا ، فَلَمْ يُنَمَّعْ مِنْ إِتْمَامِ حَقِّهِ .

قوله : (وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا ، مَلَكَهَا بِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ الْإِنْصَافِ [٢٢٣/٢] وَالْفِضَّةِ . إِذَا مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْإِحْيَاءِ ، مَلَكَهَا بِمَا ظَهَرَ فِيهَا مِنَ الْمَعَادِنِ ، ظَاهِرًا كَانَ أَوْ بَاطِنًا . قَالَ الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعِبَارَةٌ الْمُصَنِّفِ هُنَا لَا تَقْبَلُ بِذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ اقْتَصَرَ فِي مَوْضِعِ الْجَامِدِ عَلَى لَفْظِ : الْبَاطِنِ . وَهُوَ عِبَارَةٌ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَا قَالَهُ فِي « الْمَعْنَى » وَغَيْرِهِ ، وَفِي الْإِيرَادِ قَرِينَةٌ تَقْتَضِيهِ ، وَهُوَ جَعْلُ الْجَارِي قِسْمًا لِلْبَاطِنِ . وَيَحْتَمِلُ إِرَادَةُ الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ مِمَّا هُوَ جَامِدٌ لَا يَدْخُلُ فِي الْمِلْكِ . انْتَهَى .

المقنع وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ أَوْ كَلَأٌ أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٢٤٧١ - مسألة : (وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ أَوْ كَلَأٌ أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) لِأَنَّهُ فِي مِلْكِهِ . وَيَمْلِكُهُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ مِنْ أَرْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَعَادِنَ الْجَامِدَةَ وَالزَّرْعَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ . وَهِيَ أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ ؛ فِي الْمَاءِ ، وَالْكَلَأِ ، وَالتَّارِ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(١) . وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا يَمْلِكِ الْأَرْضِ ، كَالْكَنْزِ .

الشرح الكبير

قوله : وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ ، أَوْ كَلَأٌ ، أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . إِذَا ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّنْصِيحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . (قَالَ الْحَارِثِيُّ^(٢) : وَهَذِهِ عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَصَحُّ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » : وَعَنْهُ ، فِي الْمَاءِ وَالْكَلَأِ لَا يُمْلِكُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ عَامَّةِ أَصْحَابِنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَأَكْثَرُ النُّصُوصِ تَذُلُّ

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في ٧٩/١١ .

(٢-٢) سقط من : ١ .

الشرح الكبير

٢٤٧٢ - مسألة : وَيَلْزِمُهُ بِذَلِكَ (مَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ)

لِما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ

على الْمَلِكِ . وإذا ظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ جَارٍ ، فهو أَحَقُّ بِهِ ، وهل يَمْلِكُ بِذَلِكَ ؟ فيه
الرَّوَايَتَانِ . قال الحارِثِيُّ : مَا أَخُوذَتَانِ مِنْ رِوَايَتِي مِلْكِ الْمَاءِ ، ولهذا صَحَّحُوا عَدَمَ
الْمِلْكِ هُنَا ؛ لِأَنَّهُمْ صَحَّحُوهُ هُنَا . انتهى . وهذا المذهبُ ، أَغْنَى ، عَدَمَ مِلْكِهِ
بِذَلِكَ ، وَصَحَّحَهُ مَنْ صَحَّحَهُ فِي عَدَمِ الْمِلْكِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .
وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وعنه ، يَمْلِكُ . قال
الحارِثِيُّ : وهو الصَّحِيحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قال الحارِثِيُّ : وهذا الْمَنْصُوصُ ، فيكونُ المذهبُ .
وإنْ ظَهَرَ كَلًّا أَوْ شَجَرًا ، فهو أَحَقُّ بِهِ ، وهل يَمْلِكُهُ بِهِ ؟ أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ،
وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ . وهو المذهبُ ، نصُّ عليه في رِوَايَةٍ
لِإِسْحَاقَ ابْنِ إِبْرَاهِيمَ . قال في « الْهَدَايَةِ » : عليه عَامَّةُ أَصْحَابِنَا . قال الحارِثِيُّ :
وهذا أَصَحُّ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ^(١) ، قَالَهُ فِي الْبَيْعِ ، مِنْ
كِتَابِهِ الْكَبِيرِ ، وَلَمْ يُورِدْ أَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ سِوَاهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الشَّرْحِ » ،
و « التَّصْحِيحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . والرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُهُ . قَدَّمَهُ فِي
« الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » .

قوله : وَمَا فَضَّلَ مِنْ مَائِهِ ، لَزِمَهُ بِذَلِكَ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ . هذا صَحِيحٌ ، لَكِنْ بِشَرْطِ
أَنْ لَا تَجِدَ الْبَهَائِمَ مَاءً مُبَاحًا ، وَلَمْ يَتَضَرَّرْ بِذَلِكَ . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ وَاعْتَبَرَ

(١) سقط من : ط .

المقنع وهل يلزمه بذله لزرع غيره ؟ على روايتين .

الشرح الكبير به فضل الكلأ ، منعه الله فضل رحمته ^(١) (وهل يلزمه بذله لزرع غيره ؟ على روايتين) إحداهما ، لا يلزمه ؛ لأن الزرع لا حرمة له في نفسه . والثانية ، يلزمه ؛ لما روى إياس بن عبد ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء ^(٢) . وعن بهيسة ^(٣) عن أبيها ، أنه قال : يا نبي الله ، ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : « الماء » . رواه أبو داود ^(٤) .

الإنصاف القاضي ، وابن عقيل ، وصاحب « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الرعاية » ، وجماعة اتصّاله بالمرعى . وظاهر كلام المصنّف هنا ، وأبي الخطّاب ، و « المحرّر » ، وغيرهم ، عدم ^(٥) اشتراط ذلك . وقدمه في « الفروع » . وهو المذهب . وبذل ما فضل من مائه لزوماً من مفردات المذهب . قوله : وهل يلزمه بذله لزرع غيره ؟ على روايتين . وأطلقهما في « المذهب » ،

(١) أخرجه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمرو بلفظ قريب منه ، في : المسند ١٨٣/٢ ، ٢٢١ .
والذي عن أبي هريرة : « لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلأ » ونحوه ، عند البخاري ٣١/٩ . ومسلم ١١٩٨/٣ . وأبي داود ٢٤٨/٢ . والترمذي ٢٧٣/٥ . وابن ماجه ٨٢٨/٢ . والإمام أحمد ٢٤٤/٢ ، ٢٧٢ ، ٣٠٩ ، ٣٦٠ ، ٤٤٠ ، ٤٨٢ ، ٤٩٤ ، ٥٠٠ .
(٢) تقدم تخريجه في ٧٩/١١ .

وهناك أنه إياس بن عبد الله ، والصواب ما هنا . انظر مصادر التخرّيج المتقدمة ، وتهذيب التهذيب ٣٨٩/١ ، ٣٩٠ .

(٣) في م : « بهيسة » .

(٤) في : باب ما لا يجوز منعه ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٨٨/١ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب في الذي لا يحل منعه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٩/٢ ، ٢٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ .
(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم يصل إلى النبل ، صار أحق به ، كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء . فإذا وصل إلى النبل صار أحق بالأخذ منه ، ما دام مُقِيمًا على الأخذ منه . وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل . فإن حفر آخر من ناحية أخرى ، لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العرق ، لم يكن له منعه ، سواء قلنا : إن المعدن يملك بحفره . أو لم نقل ؛ لأنه إن ملكه ، فإنما يملك المكان الذي حفره ، وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل إليه من جهة أخرى ، فله أخذه . ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النبل عن أرضه ، فحفر إنسان [١٦٤/٥ ط] من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ؛ لأنه لم يملكه ، إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلًا في أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة . ولو حفر كافر في دار الحرب معدنًا فوصل إلى النبل ، ثم فتحها المسلمون عنوة ، لم يصير غنيمةً ، وكان وجود عمله^(١) وعدمه واحدًا ؛ لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض تصير كلها وقفًا للمسلمين ، وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم ، فتعين لها ، كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ؛ إحداهما ، يلزمه . وهو المذهب . قال في « الفروع » : يلزمه على الأصح ، لكن قال الإمام أحمد : إلا أن

(١) في الأصل : « علمه » .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فَعَمِلَ فِيهِ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَمَا حَصَّلَهُ مِنْهُ فَهُوَ لِلْمَالِكِ ، وَلَا أَجَرَ لِلغَاصِبِ عَلَى عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ كَمَا لو حَصَدَ زَرْعَ غَيْرِهِ . وَإِنْ قَالَ مَالِكُهُ : اْعْمَلْ فِيهِ وَلَكَ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ . فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْمَعْدِنِ فِيهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ مِنْ مَالِكِهِ ، فَمَلَكَ مَا أَخَذَهُ ، كَمَا لو أَبَاحَهُ الْأَخْذَ مِنْ بُسْتَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ مِنْ نَيْلٍ كَانَ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فَعَمِلَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يَأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لو قَالَ : اخْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ بِنِصْفِهِ - أَوْ - ثُلُثِهِ . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ الْعَمَلُ فِيهَا

يُؤْذِيهِ بِالْدُخُولِ ، أَوْ لَهُ فِيهِ مَاءُ السَّمَاءِ ، فَيَخَافُ عَطْشًا ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَمْنَعَهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ ، وَاخْتِيَارُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ، وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ فَضْلَ مَاءٍ يَمْنَعُ بِهِ الْكَلَالُ ؛ لِلخَبَرِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ وَالتَّسْعِينَ » : هَذَا الصَّحِيحُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَلْزَمُهُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَالْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » . وَقَالَ فِي « الرُّوْضَةِ » : يُكْرَهُ مَنَعُهُ فَضْلَ مَائِهِ لِيُسْقَى بِهِ ؛ لِلخَبَرِ .

فوائد : الْأَوَّلَى ، حَيْثُ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ بِذَلِكَ . جَازَ لَهُ بَيْعُهُ بِكَائِلٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَغْلُومٍ ، وَيَحْرُمُ بَيْعُهُ مُقَدَّرًا بِمُدَّةٍ مَغْلُومَةٍ ، خِلَافًا لِلْمَالِكِ . وَيَحْرُمُ أَيْضًا بَيْعُهُ مُقَدَّرًا بِالرَّيِّ ، أَوْ جِزَافًا . قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ

يَبْغُضُهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ مَجْهُوْلٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةً ، لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا جَعَالَةً ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ عَلَى أَنْ يُرَدَّ رَأْسُ الْمَالِ وَيَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هَهُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ الزَّرْعِ بِنَصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالشَّاهِدَةِ ، وَمَا عِلِمَ جَمِيعُهُ عِلِمَ جُزْؤُهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اعْمَلْ فِيهِ كَذَا وَلَكَ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا - أَوْ - شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَبْغُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا^(١) ، كَالْمُضَارَبَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ؛ وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ لَا ذَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدِنًا مِنْ قَوْمٍ عَلَى أَنْ يَغْمُرَهُ يَعْمَلُ فِيهِ وَيُعْطِيَهُمُ أَلْفِي [١٦٥/٥] مِنْ^(٢) أَوْ أَلْفَ مَنْ صَفَرًا ، فَذَلِكَ مَكْرُوءٌ . وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

القاضي : وَإِنْ بَاعَ أَصْعًا مَعْلُومَةً مِنْ سَائِحٍ ، جَازَ ، كَمَا عَيْنَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ الْمَاءِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِاخْتِلَاطِهِ بغيرِهِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا حَفَرَ بئرًا بِمَوَاتٍ لِلْسَّابِلَةِ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِي مَائِهَا ، وَالْحَافِرُ كَأَحَدِهِمْ فِي السَّقْيِ ، وَالزَّرْعِ ، وَالشَّرْبِ . قَالَه الْأَصْحَابُ [٢٢٤/٢] . وَمَعَ الصَّبِيقِ يُقَدَّمُ الْآدَمِيُّ ، ثُمَّ الْحَيَوَانُ . قَالَه الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . زَادَ فِي « الْفَائِقِ » ، ثُمَّ الزَّرْعُ . وَهُوَ مُرَادُ غَيْرِهِ .

(١) فِي الْمَغْنَى ١٥٩/٨ : « مَعَامِلَةٌ » .

(٢) الْمَنْ : كَيْلٌ أَوْ مِيزَانٌ .

فصل : إذا استأجر رجلاً ليخفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار ، صَحَّ ؛ لأنها إجارة معلومة . وإن ظهر عرق ذهب ، فقال : استأجرتك لتخريجه بدينار . لم يصح ؛ لأن العمل مجهول . وإن قال : إن استخرجته فلك دينار . صَحَّ ، ويكون جعالة ؛ لأن الجعالة تصح على عمل مجهول ، إذا كان العوض معلوماً .

وقال في « التلخيص » : ومع الضيق للحيوان ، ومع الضيق للأدب . والظاهر أن النسخة مغلوطة . الثالثة ، لو حفرها ارتفاقاً ؛ كحفر السفارة في بعض المنازل ، وكالأغراب^(١) والتركمان يتتبعون أرضاً فيحتفرون لشربهم ، وشرب دوابهم ، فالبرئ ملك لهم . ذكره أبو الخطاب . وقدمه الحارثي ، وقال : هو أصح . وهو الصواب . وقال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : لا يملكونها . وهو المذهب . قال في « الفروع » : فهم أحق بمائها ما أقاموا . وفي « الأحكام السلطانية » : وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط . وتبعه في « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الترغيب » ، و « الرعاية » ، وغيرهم . وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين ، فإن عاد المرتفقون إليها ، فهل يختصون بها ، أم هم كغيرهم ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في « التلخيص » ، والحارثي في « شرحه » ، و « الفروع » ؛ أحدهما ، هم كغيرهم . اختاره القاضي في « الأحكام السلطانية » . والوجه الثاني ، هم أحق بها من غيرهم . اختاره أبو الخطاب في بعض تعاليقه . قال السامري : رأيت بخط أبي الخطاب ، على هامش نسخة من « الأحكام السلطانية » ، قال : محفوظ ، يعني نفسه : الصحيح ، أنهم إذا عادوا

(١) سقط من : الأصل .

فصل : وما نَضَبَ عنه الماءُ مِنَ الْجَزَائِرِ ، لم يُمْلِكْ بالإحياءِ . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ الْعَبَّاسِ بْنِ مُوسَى ^(١) : إِذَا نَضَبَ الْمَاءُ عَنْ جَزِيرَةٍ إِلَى قَنَاةٍ رَجُلٍ ، لم يَنْبِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَهُوَ أَنَّ الْمَاءَ يَرْجِعُ . يَعْنِي أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ ، فَإِذَا وَجَدَهُ مَبْنِيًّا ، رَجَعَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ ، فَأَضَرَّ بِأَهْلِهِ . وَلِأَنَّ الْجَزَائِرَ مَبْنِيَّةُ الْكَلَأِ وَالْحَطَبِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا حِمَى فِي (٢) الْأَرَاكِ » ^(٣) . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ حَرْبٍ : يُرْوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ أَبَاحَ الْجَزَائِرَ . يَعْنِي أَبَاحَ مَا يَنْبُتُ فِي الْجَزَائِرِ مِنَ النَّبَاتِ ، وَقَالَ : إِذَا نَضَبَ الْفُرَاتُ عَنْ شَيْءٍ ، ثُمَّ نَبَتَ فِيهِ نَبَاتٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ يَمْنَعُ النَّاسَ مِنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ ، ثُمَّ عَادَ فَنَضَبَ عَنْهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْبَةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدٌ ، فَعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمَارَةً لَا تَرُدُّ الْمَاءَ ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلَهُ مَزْرَعَةً ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَجِّرٌ لِمَا لَيْسَ لِمُسْلِمٍ فِيهِ حَقٌّ ، فَأَشْبَهَ التَّحَجُّرَ فِي الْمَوَاتِ .

كَانُوا أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمْ بِالْإِحْيَاءِ ، وَعَادَتْهُمْ أَنْ يَرْحَلُوا فِي كُلِّ سَنَةٍ ، ثُمَّ يُعَوِّدُونَ ، فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُمْ عَنْهَا بِالرَّحِيلِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَدْ مَه

(١) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الخنابلة ٢٣٩/١ .

(٢) في م : « إلا في » .

(٣) أخرجه أبو دلود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٦/٢ . والدارمى ، في : باب في الحمى ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٩/٢ .

فصل : وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط ، أو يُجرى لها ماء .

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط ، أو يُجرى لها ماء) ظاهرُ كلامه ههنا ، أن تحويط الأرض لإحياءها ، سواء أَرادها للبناء أو للزرع ، أو حظيرة للغنم ، أو الخشب . وهو ظاهرُ كلام

في « الرعاية الكبرى » ، و « الفائت » . قال في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوى الصغير » : فهو أولى بها في أصح الوجهين . الرابعة : لو حفر تملكاً ، أو بملكه الحي ، فنفس البئر ملك له . جزم به الحارثي وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . قال في « الرعاية » : ملكها في الأقيس . قال في « الأحكام السلطانية » : إن احتاجت طياً ، ملكها بعده . وتبعه في « المستوعب » ، وقال هو وصاحب « التلخيص » : وإن حفرها لنفسه تملكاً^(١) ، فما لم يخرج الماء ، فهو كالشارع في الإحياء ، وإن خرج الماء ، استقر ملكه ، إلا أن يحتاج إلى طي ، فتمام الإحياء بطيها . انتها . وتقدم ، هل يملك الذي يظهر فيها ، أم لا ؟

قوله : وإحياء الأرض ؛ أن يحوزها بحائط ، أو يُجرى لها ماء ، أو يخفر فيها بئراً . مراده بالحائط ، أن يكون منيعاً ، وظاهرُ كلامه ، أنه سواء أَرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرة للغنم والخشب ، ونحوهما . وهذا هو الصحيح من المذهب ، نص عليه . وقطع به الخرقى ، وابن أبي موسى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر . قاله الزركشى ، وصاحب « الهداية » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم ، وقدمه في « المستوعب » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ،

(١) في ١ : « تملكها » .

الخرقي . نص عليه أحمد ، في رواية علي بن سعيد ، فقال : الإحياء : أن يحوط عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئراً أو نهراً . ولا يُعتبر في ذلك تسقيف ، وذلك لما روى الحسن عن سمرة ، أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » . رواه أبو داود ، والإمام أحمد في « مُسْنَدِهِ » ^(١) . ورؤي عن [١٦٥/٥ ط] جابر ، عن النبي ﷺ مثله ^(٢) . ولأن الحائط حاجز مَنيع ، فكان إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم . ويبيّن هذا أن القصد لا اعتبار به ، بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم ^(٣) ، فبناها بجصٍّ وأجرٍ وقسمها يوتاً ، فإنه يملكها . وهذا لا يصنع للغنم مثله . ولا بُدَّ أن يكون الحائط مَنيعاً يمنع ما وراءه ، ويكون ممّا جرت العادة بمثله . ويختلف باختلاف البلدان ، فإن كان ممّا ^(٤) جرت عادتهم

وغيرهم . وقيل : إحياء الأرض ، ماعد إحياء ، وهو عمارتها بما تنهها به لما يراد منها من زرع أو بناء ، أو إجراء ماء . وهو رواية عن أحمد . اختاره القاضي ، وابن عقيل ، والشيرازي في « المُبْهَج » ، وابن الزاغوني ، والمُصَنِّفُ في « العُمْدَةِ » ، وغيرهم . وعلى هذا قالوا : يختلف باختلاف غرض المُنْحِي ؛ من مسكن ، وحظيرة ، وغيرهما ، فإن كان مسكناً ، اعتبر بناء حائط بما هو معتاد أن يسقفه . قال الزركشي : وعلى هذه الرواية ، لا يُعتبر أن يزرعها ويسقيها ، ولا أن يفصلها

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٣ .

(٣) بعده في النسخ : « كما لو جعلها حظيرة للغنم » . وانظر المغني ١٧٧/٨ .

(٤) في م : « ممن » .

بالبِنَاءِ بِالْحَجَرِ وَحَدَهُ ، كَأَهْلِ حَوْرَانَ ، أَوْ بِالطَّيْنِ ، كَأَهْلِ الْعُوْطَةِ بِدِمَشْقَ ، أَوْ بِالخَشَبِ أَوْ الْقَصَبِ ، كَأَهْلِ الْعَوْرِ ، كَانَ ذَلِكَ إِحْيَاءً . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَقْوَى مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ ، كَانَ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَةُ ، الْإِحْيَاءُ مَا تَعَارَفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِتَغْلِيْقِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، وَلَا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَهُ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى مَا كَانَ إِحْيَاءً فِي الْعُرْفِ ، كَمَا أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ وَالْحَزْزِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ الشَّارِعَ لَوْ عَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مُسَمًّى بِاسْمٍ ، لَتَعَلَّقَ بِمُسَمَّاهُ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ ، فَكَذَلِكَ ^(١) يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالْمُسَمًّى إِحْيَاءً عِنْدَ أَهْلِ الْعُرْفِ ،

تَفْصِيلَ الزَّرْعِ ، وَيَحُوطُهَا مِنَ التُّرَابِ بِحَاجِزٍ ، وَلَا أَنْ يُقَسِّمَ الْبُيُوتَ إِنْ كَانَتْ لِلشُّكْنَى ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ وَأَشْهَرَهُمَا . وَالْأُخْرَى ، يُشْتَرَطُ جَمِيعُ ذَلِكَ . ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي « الْخِصَالِ » . انْتَهَى . وَذَكَرَ الْقَاضِي رِوَايَةً بَعْدَ اشْتِرَاطِ التَّسْقِيفِ ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . لَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلشُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ . وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ كُلُّ عَامٍ ؛ كَالسَّقْفِ ، وَالْحَزْزِ ، فَلَيْسَ بِإِحْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ ، فَهُوَ إِحْيَاءٌ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يُورِدْ فِي « الْمُعْنَى » خِلَافَهُ .

تَنْبِيْهُ : قَوْلُهُ : أَوْ يُجْرَى لَهَا مَاءٌ . يَغْنَى إِحْيَاءَ الْأَرْضِ ، أَنْ يُجْرَى لَهَا مَاءٌ ، إِنْ كَانَتْ لَا تُزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ . وَيَحْصُلُ الْإِحْيَاءُ أَيْضًا بِالْغَرَسِ وَيَمْلِكُهَا بِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَمْلِكُهُ بَغْرَسٍ وَإِجْرَاءٍ مَاءٍ . نَصٌّ عَلَيْهَا ^(٢) .

(١) فِي م : « فَلَذَلِكَ » .

(٢) فِي أ : « عَلَيْهِمَا » .

الشرح الكبير

ولأن النبي ﷺ لا يُعَلِّقُ الْحُكْمَ عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لم يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْعُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْيِي دَارَ اللَّسْكَنَى ، وَحَظِيرَةَ ، وَمَزْرَعَةً ، فَأَحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِمَا تَنْتَهِي بِهِ لِلانْتِفَاعِ الَّذِي أُريدَتْ لَهُ . فَأَمَّا الدَّارُ ، فَبِأَنْ يَبْنَى حِيطَانُهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيُسَقِّفُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ . وَالْحَظِيرَةُ إِحْيَاؤها بِحَائِطٍ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ لِمِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِهِ ، وَسِوَاهُ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوِ لِلخَشَبِ ، أَوِ لِلحَطَبِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . فَإِنْ جَعَلَ عَلَيْهَا خَنْدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَائِطٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ خَفَرٌ وَتَخْرِيبٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ حَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشَبْهِهِ ، لَا يَكُونُ إِحْيَاءً ، وَيَكُونُ تَحْجُرًا ، لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ مَنْزِلًا [١٦٦/٥] وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَوْ نَزَلَ مَنْزِلًا فَتَصَبَّ فِيهِ بَيْتَ شَعْرٍ أَوْ خَيْمَةً ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنْ يُهَيِّئَهَا لِامْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تُزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنْ يُسَوِّقَ إِلَيْهَا مَاءً مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْرٍ ، وَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنْ زَرْعِهَا كَثْرَةُ الْأَحْجَارِ ، كَأَرْضٍ

فائدة : فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِخَبْسِ الْمَاءِ عَنْهَا ، كَأَرْضِ الْبَطَائِحِ ، وَنَحْوِهَا ، فَأَحْيَاؤها بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا ، وَجَعْلِهَا بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعُهَا . وَهَذَا مُسْتَشْتَى مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، مِمَّنْ لَمْ يَسْتَشْنِ . وَلَا يَخْصُلُ الْإِحْيَاءُ بِمُجَرَّدِ الْحَرثِ ، وَالزَّرْعِ . قِيلَ لِأَحْمَدَ : فَإِنْ كَرَبَ حَوْلَهَا ؟ قَالَ : لَا يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ حَتَّى يُحِيطَ .

اللَّجَاة^(١) ، فَأَحْيَاوُهَا بِقَلْعٍ أَحْجَارِهَا وَتَنْقِيَّتِهَا حَتَّى تَصْلُحَ لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى^(٢) ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَشْجَارَهَا ، وَيُزِيلَ غُرُوقَهَا الْمَانِعَةَ مِنَ الزَّرْعِ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهُ إِلَّا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنْهُ ، كَأَرْضِ الْبَطَائِحِ ، فَأَحْيَاوُهَا بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا وَجَعَلِهَا بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا لَهُ ، مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ إِحْيَاءُ ، كَسَوْقِ الْمَاءِ إِلَى أَرْضٍ لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْثُهَا ، وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي الْإِحْيَاءِ ، كَسَقِيَّهَا ، وَكَالْسُكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، وَلَا يَحْصُلُ الْإِحْيَاءُ بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ بِمُجَرَّدِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنَّ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا إِحْيَاءُ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا لَا يَتِمُّ بِدُونِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، أَشَبَّهَ السَّقْفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِدُونِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشَبَّهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضَظَهَا .

(١) فِي م : « الْحِجَاز » .

وَاللَّجَاةُ : اسْمٌ لِلْحَرَّةِ السُّودَاءِ الَّتِي بِأَرْضِ صَلَاحٍ مِنْ نَوَاحِي الشَّامِ ، فِيهَا قُرَى وَمَزَارِعٌ وَعِمَارَةٌ وَاسِعَةٌ .
مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٣٥٠/٤ .

(٢) الشَّعْرَى : جَبَلٌ عِنْدَ حَرَّةِ بَنِي سَلِيمَ .

وَأِنْ حَفَرَ بَثْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا .

٢٤٧٣ - مسألة : (وَإِنْ حَفَرَ بَثْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ) الْبَثْرُ الْعَادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ . وَلَمْ يُرَدْ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ لَمَّا كَانَتْ عَادٌ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ . فَكُلُّ مَنْ سَبَقَ إِلَى بَثْرِ عَادِيَّةٍ كَانَ أَحَقَّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » ^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَإِنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِكِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسَةٌ [١٦٦/٥] وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصُّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ

قوله : وَإِنْ حَفَرَ بَثْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا ، خَمْسِينَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا [٢٢٤/٢] . يَعْنِي ، مِنْ كُلِّ جَانِبٍ فِيهِمَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِيهِمَا . نَصُّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : اخْتَارَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : هَذَا الْمَشْهُورُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : نَصُّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالشِّيرَازِيُّ ، وَالشَّيْخَانُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . قَالَ نَازِلُهُمَا :

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

القاضي ، وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التَّحْدِيدِ ، بل حَرِيمُهَا فِي الْحَقِيقَةِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ بَدُولَابٍ فَقَدَرُ مَدَارِ^(١) الثَّوَرِ أَوْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ بِسَاقِيَةٍ ، فَقَدَرُ طُولِ الْبَيْرِ ؛ لَمَا رُويَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ مَدٌّ^(٢) رِشَائِهَا » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه^(٣) . وَلِأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي تَمْشِي إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ . وَإِنْ كَانَ يَسْتَقْبِلُ مِنْهَا بَيْدَهُ ، فَقَدَرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَخْرِجُ عَيْنًا ،

بَحْفَرٍ بِئْرٍ فِي مَوَاتٍ يُمْلِكُ حَرِيمُهَا مَعَهَا بِذَرَعٍ يُسَلِّكُ
فَخَمْسَةَ تُمْلِكُ وَالْعِشْرُونَ وَإِنْ تَكُنْ عَادِيَّةً خَمْسُونَ

وعنه ، التَّوَقُّفُ فِي التَّقْدِيرِ . نَقَلَهُ حَرْبٌ . قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ غَلَطٌ . قَالَ : وَلَوْ تَأَمَّلُوا النَّصَّ بِكَمَالِهِ مِنْ مَسَائِلِ حَرْبٍ ، وَالْخَلَالِ ، لَمَا قَالُوا ذَلِكَ . وَعِنْدَ الْقَاضِي ، حَرِيمُهَا^(٤) قَدَرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذْكِرَةِ » ، وَذَكَرَ أَنَّهُ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : اخْتَارَهُ الْقَاضِي^(٥) ، وَجَمَاعَةٌ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَأَخْشَى أَنْ يَكُونَ كَلَامُ الْقَاضِي هُنَا مَا حَكَيْنَاهُ فِي « الْمُجَرَّدِ » الْآتِي الْمُوَافِقِ لاختيارِ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقِيلَ : قَدَرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَأَبُو

(١) فِي م : « مَد » .

(٢) فِي الْأَصْل : « قَدَر » .

(٣) فِي : بَابِ حَرِيمِ الْبَيْرِ ، مِنْ كِتَابِ الرَّهُونِ . سَنَّ ابْنُ مَاجَه ٨٣١/٢ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ط .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

فَحَرِيمُهَا الْقَدْرُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ضَاحِبُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا^(١) ، وَلَا يَسْتَضِيرُّ
بِأَخْذِهِ مِنْهُ ، وَلَوْ كَانَ أَلْفَ ذِرَاعٍ . وَحَرِيمُ النَّهْرِ مِنْ جَانِبَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ
لَطَرَحِ كِرَائَتِهِ^(٢) بِحُكْمِ الْعُرْفِ ؛ وَذَلِكَ أَنَّ هَذَا إِنَّمَا ثَبَتَ لِلحَاجَةِ ،
فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَاعَى فِيهِ الْحَاجَةُ ذُونَ غَيْرِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَرِيمُ الْبِئْرِ
أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةَ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « حَرِيمُ الْبِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِأَعْطَانِ الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ » .
وَعَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلُهُ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ^(٤)

الْخَطَّابُ فِي « الْهِدَايَةِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ،
وَالشَّارِحُ : وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ هَذَا الذَّرْعُ الْمَذْكُورُ عَلَى سَبِيلِ
التَّحْدِيدِ ، بَلْ حَرِيمُهَا ، عَلَى الْحَقِيقَةِ ، مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ تَرْقِيَةِ مَائِهَا مِنْهَا ؛ فَإِنْ
كَانَ بَدُولَابٍ ، فَقَدْرُ مَدَارِ الثَّوْرِ أَوْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَسَانِيَّةٍ ، فَقَدْرُ طُولِ الْبِئْرِ ،
وَلِنْ كَانَ يَسْتَقْبَى مِنْهَا بِيَدِهِ ، فَبِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ
أَحْمَدَ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ قَدْرُ الْحَاجَةِ أَكْثَرَ ، فَهُوَ حَرِيمُهَا ، وَإِنْ كَانَ التَّحْدِيدُ الْمَذْكُورُ
أَكْثَرَ ، فَهُوَ حَرِيمُهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي
أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْحَسَنِ ابْنُ بَكْرٍ . وَعِنْدَ أَبِي مُحَمَّدٍ الْجَوَازِيِّ ، إِنْ حَفَرَهَا

(١) سقط من : م .

(٢) الكراية : ما يخرج من حفر النهر .

(٣) في : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، الأموال ٢٩١ . عن أبي هريرة والشعبي .

كما أخرجه الإمام أحمد عن أبي هريرة ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٤) في : كتاب الأقضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ . وقال : الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ،
ومن أسنده فقد وهم .

والخلال بإسناديهما عن النبي ﷺ أنه قال : « حَرِيمُ الْبِئْرِ الْبَدْيِ »^(١) خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا . وهذا نص . وروى أبو عُبَيْدٍ^(٢) بإسناده ، عن يَحْيَى بنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ أنه قال : السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ الْقَلِيبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وبإسناده^(٣) عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قال : حَرِيمُ الْبِئْرِ الْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بِئْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةٍ ذِرَاعٍ مِنْ نَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا

الإنصاف في مَوَاتٍ ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ، وَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً ، فَخَمْسُونَ ذِرَاعًا .

فائدة : الْبِئْرُ الْعَادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ ؛ وَهِيَ الْقَدِيمَةُ . نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ ، مَنْسُوبَةً إِلَى عَادٍ ، وَلَمْ يُرْذَ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ لَمَّا كَانَتْ عَادًا فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آبَاءٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ . وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ ، الْعَادِيَّةُ ؛ هِيَ الَّتِي أُعِيدَتْ . وَنَقَلَ حَرْبٌ وَغَيْرُهُ ، الْعَادِيَّةُ ؛ هِيَ الَّتِي لَمْ تَزُلْ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ دُخُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَه .

فوائد : مِنْهَا ، حَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةٍ ذِرَاعٍ . نَصَّ عَلَيْهِ مِنْ رَوَايَةٍ غَيْرِ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، وَابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ بَكْرُوسٍ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : قَدَّرُ

(١) البدْي : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(٢) في : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... الأموال ٢٩٢ .

الشرح الكبير

مِنْ نَوَاجِيهَا كُلِّهَا . وَلَأنَّهُ مَعْنَى يُمْلِكُ بِهِ الْمَوَاتُ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، كَالْحَائِطِ ، وَلَأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْبَشَرِ لَا تَنْحَصِرُ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى مَا حَوْلَهُ عَطْنًا لِإِيلِهِ ، وَمَوْقِفًا لِدَوَابِّهِ وَغَنَمِهِ ، وَمَوْضِعًا يَجْعَلُ فِيهِ أَحْوَاضًا يَسْقَى مِنْهَا مَاشِيَّتَهُ ، وَمَوْقِفًا لِدَابَّتِهِ [١٦٧/٥] الَّتِي يَسْتَقِي عَلَيْهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ الْحَرِيمُ بِمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي حَنِيفَةَ فَحَدِيثُنَا أَصَحُّ مِنْهُ ، وَرَاوِيهِمَا ^(١) أَبُو هُرَيْرَةَ ، فَيَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ .

الْحَاجَةِ ، وَلَوْ كَانَ أَلْفَ ذِرَاعٍ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ . وَمِنْهَا ، حَرِيمُ النَّهْرِ مِنْ جَانِبَيْهِ ، مَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ لَطَرَحِ كِرَائَتِهِ ، وَطَرِيقِ شَاوِيَةِ ، وَمَا يَسْتَضِيرُّ صَاحِبَهُ بِتَمْلِكِهِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَثُرَ ^(٢) . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَإِنْ كَانَ بِجَنْبِهِ مُسْنَأَةٌ لَغَيْرِهِ ، ارْتَفَقَ فِي ذَلِكَ ضَرُورَةٌ ، وَلَهُ عَمَلُ أَحْجَارِ طَحْنٍ عَلَى النَّهْرِ ، وَنَحْوِهِ ، وَمَوْضِعِ غَرْسٍ ، وَزَرْعٍ ، وَنَحْوِهِمَا . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : وَمَنْ حَفَرَ عَيْنًا ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ . وَقِيلَ : بَلْ قَدَرُ الْحَاجَةِ . قُلْتُ : وَكَذَا النَّهْرُ . وَقِيلَ : بَلْ مَا يَخْتِاجُهُ لَتَنْظِيفِهِ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، حَرِيمُ الْقَنَاةِ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَحَرِيمِ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ . قَالَ الْخَارِثِيُّ ، وَقَالَ : وَاعْتَبَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » بِحَرِيمِ النَّهْرِ . وَمِنْهَا ، حَرِيمُ الشَّجَرِ قَدَرُ مَدِّ أَغْصَانِهَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَمِنْهَا ، حَرِيمُ الْأَرْضِ الَّتِي لِلزَّرْعِ ، مَا

(١) فِي م : « رَوَاهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « كَانَ » .

يَحْتَاجُهُ فِي سَقِيَّهَا ، وَرَبَطَ دَوَابَّهَا ، وَطَرَحَ سَبَخِهَا ، وَغَيْرَ ذَلِكَ . وَحَرِيمُ الدَّارِ مِنْ مَوَاتٍ حَوْلَهَا ، مَطْرَحُ الثَّرَابِ ، وَالْكُنَاسَةُ وَالثَّلَجُ ، وَمَاءُ الْمِيزَابِ ، وَالْمَمَرُ إِلَى الْبَابِ . وَلَا حَرِيمَ لِدَارٍ مَخْفُوفَةٍ بِمِلْكٍ الْغَيْرِ . وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ ، وَيَنْتَفِعُ بِهِ ، عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ عُرْفًا ، فَإِنْ تَعَدَّى ، مُنِعَ .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال في « الْمُغْنَى » ^(١) ، وَمَنْ تَابَعَهُ : إِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ؛ كَالزَّيْتُونِ ، وَالْخَرْوَبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعِمَهُ ، مَلَكَهُ ، وَحَرِيمُهُ تَهْيُؤُهُ لِمَا يُرَادُّ مِنْهُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَدِنَ لْغَيْرِهِ فِي عَمَلِهِ فِي مَعْدِنِهِ ، وَالخَارِجُ لَهُ ، بِغَيْرِ عَوَضٍ ، صَحَّ ؛ لَقَوْلِ أَحْمَدَ : بَعَهُ بِكَذَا ، فَمَا زَادَ فَلَكَ . وَقَالَ الْمَجْدُ : فِيهِ نَظَرٌ ؛ لَكَوْنِهِ هِبَةً مَجْهُولٍ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُمْ أَلْفًا مِمَّا لَقِيَ ، أَوْ مُنَاصَفَةً ، وَالْبَقِيَّةُ لَهُ . فَنَقَلَ حَرْبٌ ، أَنَّهُ لَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ مَا رَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا . فَوَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ^(٢) . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ [٢٢٥/٢] فِي « شَرْحِهِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَظْهَرُهُمَا الصَّحَّةُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَلَمْ يُورَدْ سِوَاهُ ، وَذَكَرَ فِيهِ نَصُّ أَحْمَدَ ، إِذَا قَالَ : صُفِّ لِي هَذَا الزَّرْعَ ، عَلَى أَنْ لَكَ ثُلُثُهُ ، أَوْ رُبْعُهُ . أَنَّهُ يَصِحُّ . انْتَهَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ^(٣) .

(١) المغنى ١٨١/٨ .

(٢) في ١ : « لا يصح » .

(٣) سقط من : الأصل .

وَعِنْدَ الْقَاضِي ، حَرِيمُهَا قَدْرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ .
 وَقِيلَ : بِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا .
 وَقِيلَ : إِحْيَاءُ الْأَرْضِ مَاعِدٌ إِحْيَاءٌ ، وَهُوَ عِمَارَتُهَا بِمَا تَنْهَيَّا
 بِهِ لِمَا يُرَادُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ
 عَامٍ ؛ كَالسَّقْيِ ، وَالْحَرْثِ ، فَلَيْسَ بِإِحْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ
 فَهُوَ إِحْيَاءٌ .

٢٤٧٤ - مسألة : (وَقِيلَ : حَرِيمُهَا قَدْرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ
 جَانِبٍ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَإِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ فِي هَذَا
 الْكِتَابِ ، وَظَاهِرَ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ يَمْلِكُ حَرِيمَ الْبُحْرِ . وَنُقِلَ عَنِ
 الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ .

٢٤٧٥ - مسألة : (وَقِيلَ : إِحْيَاءُ الْأَرْضِ مَا عُدَّ إِحْيَاءً ، وَهُوَ
 عِمَارَتُهَا بِمَا تَنْهَيَّا بِهِ لِمَا يُرَادُ مِنْهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ (وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ
 كُلَّ عَامٍ ؛ كَالسَّقْيِ ، وَالْحَرْثِ ، فَلَيْسَ بِإِحْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فَهُوَ
 إِحْيَاءٌ) لِأَنَّ الْعُرْفَ أَنَّ حَرْثَ الْأَرْضِ مَرَّةً لَيْسَ بِإِحْيَاءٍ ، وَأَنَّ عَمَلَ الْحَائِطِ
 عَلَيْهَا وَنَحْوَهُ إِحْيَاءٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهٌ فِي أَنَّ الزَّرْعَ وَالْحَرْثَ إِحْيَاءٌ . وَقَدْ
 ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ كَانَتْ كَثِيرَةُ الدَّغْلِ ^(١) وَالْحَشِيشِ ، كَالْمُرُوجِ الَّتِي لَا
 يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِتَكَرُّرِ حَرْثِهَا وَتَنْقِيَةِ دَغْلِهَا وَحَشِيشِهَا الْمَانِعِ مِنْ زَرْعِهَا ،
 كَانَ إِحْيَاءً عَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرْنَا أَوَّلًا .

الإِنْصَافُ

(١) الدغل : اشتباك النبات وكثرته .

فصل : ولا بُدَّ أن يكون البئر فيها ماءً ، فإن لم تصل إلى الماء ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء ، على ما نذكره . وقوله : وَمَنْ حَفَرَ بئراً عَادِيَّةً . يُحْمَلُ على البئر التي انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجها ، ليكون ذلك إحياء لها . فأما البئر التي لها ماءٌ يَنْتَفِعُ به المسلمون ، فليس لأحدٍ احتجاره ومنعه ؛ لأنه بمنزلة المعادين الظاهرة التي يرتفق بها الناس ، وهكذا العيون التابعة ، ليس لأحدٍ أن يختص بها . ولو حفر رجل بئراً للمسلمين يَنْتَفِعُونَ بها ، أو يَنْتَفِعُ بها مدة إقامته عندها ثم يتركها ، لم يملكها ، وكان له الانتفاع بها ، فإذا تركها كانت للمسلمين كلهم ، كالمعادين الظاهرة ، وهو أحقُّ بها ما دام مُقيماً عندها ؛ لأنه سابقٌ إليها ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء .

فصل : وإذا كان لإنسان شجرة في موات ، فله حريمها قدر ما تمدُّ إليه أغصانها حوائليها ، وفي النخلة مدُّ جريدها ؛ لما روى أبو سعيد قال : اختصم إلى [١٦٧/٥ ط] النبي ﷺ في حريم نخلة ، فأمر بجريده من جرائدها فذرعت ، فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع ، فقضى بذلك . رواه أبو داود^(١) . وإن غرس شجرة في موات ، فهي له وحريمها ، وإن سبق إلى شجر مباح ؛ كالزيتون ، والخروب ، فسقاه وأصلحه ، فهو له ، كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ في الإحياء ، فإن طعمه^(٢) ملكه

(١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/ ٢٨٤ .

(٢) في الأصل : « ركه » .

بذلك وحریمه ؛ لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه ، فهو كسوق الماء^(١) إلى الأرض الموات ، ولقول رسول الله ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٢) .

فصل : ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى ، فليس له ذلك ، سواء كان مُحْتَفرُ الثانية في ملكه ؛ مثل رجلين متجاورين في دارين ، حفر أحدهما في داره بئراً ، ثم حفر^(٣) الآخر بئراً أعمق منها ، فسرى إليها ماء الأولى ، أو كانتا في موات ، فسبق أحدهما فحفر بئراً ، ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً تجتذب ماء الأولى . ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية ؛ لأنه ليس له أن يتدبى ملكه على وجه يضر بالمالك قبله . وقال في الأولى : له ذلك ؛ لأنه تصرف مباح في ملكه ، فجاز له فعله ، كتعليق داره . وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماماً يضر بعقار جاره بحمى ناره ورماذه ودخانته ، أو يحفر في أصل حائطه حشاً^(٤) يتأذى جاره برائحته وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ، ونحوه مما يؤذى جاره . وقال الشافعي : له ذلك كله . وروى ذلك عن أحمد . وهو قول بعض الحنفية ؛ لأنه تصرف مباح في ملكه ، أشبه ببناءه ونقصه . ولنا ،

(١) في م : « المال » .

(٢) تقدم ترجمته في ٢٩١/٥ .

(٣) سقط من : م .

(٤) الحش : بيت الخلاء .

وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا [١٤٨] لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَوَارِثُهُ
بَعْدَهُ ، وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ .

قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(١) . وَلِأَنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ
بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالَّذِي يَهْزُ الْحَيْطَانُ وَيُخَرِّبُهَا ، وَكَالْقَاءِ السَّمَادِ
وَالْتُّرَابِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعٌ ، فَأَرَادَ
جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ مِمَّا تَسْرِي [١٦٨/٥] غُرُوقُهُ فَتَشُقُّ حَائِطَ مَصْنَعِ
جَارِهِ وَتُثْلِفُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَارِهِ مَنَعُهُ ، وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا .
وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي حَصَلَ مِنْهُ الضَّرَرُ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَدَبَعَةٌ
أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَخْبَا إِنْسَانٌ إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، فَتَضَرَّرَ بِذَلِكَ ،
لَمْ يَلْزَمْهُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا .

٢٤٧٦ - مسألة : (وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ،
وَوَارِثُهُ مِنْ بَعْدِهِ ، وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ . وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ) تَحَجُّرُ
الْمَوَاتِ الشَّرْعُ فِي إِحْيَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُدِيرَ حَوْلَ الْأَرْضِ تُرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ،
أَوْ يُحِيطَ بِهَا بِجِدَارٍ صَغِيرٍ ، لَمْ يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ
هَذَا إِحْيَاءً ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
« مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . رَوَاهُ أَبُو

قوله : وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ ، عَدَمُ الْاِسْتِقْلَالِ . انْتَهَى . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .

(١) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

داود^(١) . فإن مات ، فوارثه أحقُّ به ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ »^(٢) . فإن نَقَلَهُ إلى غيرِهِ ، صار الثَّانِي أَحَقُّ بِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ أَقَامَهُ مُقَامَهُ . وليس له يَتَّعُهُ . فَإِنْ بَاعَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ يَتَّعُهُ ، كَحَقِّ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهِ ، وَكَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مُبَاحٍ قَبْلَ أَخْذِهِ . وَقِيلَ : لَهُ يَتَّعُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ .

قال الحارثيُّ : وعن أحمدَ روايةً بإفادَةِ^(٣) المِلْكِ . وهو الصَّحِيحُ . انتهى .
قوله^(٤) : وهو أحقُّ به ، ووارثه بعده وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ . بلا نزاعٍ .

وقوله : وليس له يَتَّعُهُ . هو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزمَ به في « الوَجِيزِ » وغيرِهِ . وقَدَّمَهُ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحَارِثِيِّ » ، و « ابنِ مُنْجَى » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الفَائِقِ » ، وغيرِهِمْ . وقيلَ : يجوزُ له يَتَّعُهُ . وهو اِحْتِمَالٌ لِأَبِي الْخَطَّابِ . وَأُطْلِقَهُمَا في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

تنبيه : قال الحارثيُّ عن القَوْلِ الَّذِي حَكَاهُ الْمُصَنِّفُ : قد يُرَادُ بِهِ إِفَادَةُ التَّحْجَرِ لِلْمِلْكِ ، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ الْجَوَازُ مَعَ عَدَمِ الْمِلْكِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ إِيرَادِ الْكِتَابِ ، وَإِيرَادِ أَبِي الْخَطَّابِ ، فِي كِتَابِهِ . قَالَ : وَالتَّجْوِيزُ مَعَ عَدَمِ الْمِلْكِ مُشْكِلٌ جِدًّا . وَهُوَ كَمَا قَالَ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٨٨/٦ .

(٣) في ١ : « أَنَّهُ مَا أَفَادَهُ » .

(٤) سقط من : ط .

المقنع فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ .

الشرح الكبير

٢٤٧٧ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تَتْرُكَهُ) إِذَا طَالَتِ الْمُدَّةُ بَعْدَ التَّحْجُرِ ، وَلَمْ يُحْيِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ ^(١) السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ لِيُحْيِيَهُ غَيْرُكَ ؛ لِأَنَّهُ ضَيِّقٌ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ ضَيِّقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا يَدْعُ غَيْرَهُ .

الإنصاف

فائدة : تَحْجُرُ الْمَوَاتِ ؛ هُوَ الشَّرُوعُ فِي إِحْيَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُدِيرَ حَوْلَ الْأَرْضِ تُرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ، أَوْ يُحِيطَ بِهَا بِجِدَارٍ صَغِيرٍ ، أَوْ يُخْفَرُ بِثَرًا لَمْ يَصِلْ إِلَى مَائِهَا . نَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَقَالَ الْأَصْحَابُ . أَوْ يَسْقَى شَجَرًا مُبَاحًا ، وَيُضْلِحُهُ ، وَلَمْ يَرْكَبْهُ ، فَإِنْ رَكَبَهُ ، مَلَكَهُ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَمَلَكَ حَرِيمَهُ ، وَكَذَا لَوْ أَقْطَعَ ^(٢) مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

قوله : فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاؤُهُ . يَعْنِي ^(٣) ، وَطَالَتِ الْمُدَّةُ ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَغَيْرُهُمْ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ . فَإِنْ طَلَبَ الْإِمْهَالَ ، أُمِّهِلَ الشَّهْرَيْنِ وَالثَّلَاثَةُ . وَهَكَذَا قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ« الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » : وَيُمِّهِلُ شَهْرَيْنِ . وَقِيلَ : ثَلَاثَةٌ . وَقَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، ا : « قطع » .

(٣) سقط من : ط .

فَإِنْ طَلَبَ الْإِمَهَالُ ، أُمَهَلَ الشَّهْرَيْنِ ، وَالثَّلَاثَةَ ، فَإِنْ أَحْيَاهُ الْمَقْنَعُ غَيْرُهُ فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٧٨ - مسألة : (فَإِنْ طَلَبَ الْإِمَهَالُ ، أُمَهَلَ) مُدَّةٌ قَرِيبَةٌ ؛ كَالشَّهْرَيْنِ ، وَالثَّلَاثَةِ ، وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ . فَإِنْ بَادَرَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ ، مَلَكَهَ بِالْإِحْيَاءِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، وَالتَّحَجُّرَ لَا يُمْلِكُ بِهِ ، فَيُثْبِتُ الْمَلِكُ بِمَا يُمْلِكُ بِهِ دُونَ مَا لَا يُمْلِكُ

و « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَجَمَاعَةٌ : أُمَهَلَ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : عَلَيْهِ الْمُعْظَمُ . وَقَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَيُمَهِّلُ مُدَّةً قَرِيبَةً بِسُؤَالِهِ . انْتَهَى . قُلْتُ : فَلَعَلَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ . ثُمَّ وَجَدْتُ الْحَارِثِيَّ قَالَ : وَتَقْدِيرُ مُدَّةِ الْإِمَهَالِ يَرْجِعُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ ، مِنَ الشَّهْرِ وَالشَّهْرَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ ، بِحَسَبِ الْحَالِ . قَالَ : وَالثَّلَاثَةُ انْفَرَدَ بِهَا الْمُصَنِّفُ هُنَا . وَكَأَنَّهُ مَا رَاجَعَ « الْمُسْتَوْعِبَ » ، وَ « الشَّرْحَ » .

تَبَيَّنَ : فَائِدَةُ الْإِمَهَالِ انْقِطَاعُ الْحَقِّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ عَلَى التَّرْكِ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عُذْرٌ فِي التَّرْكِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَعْمَرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ . فَإِنْ لَمْ يَعْمَرْهَا ، كَانَ لغيرِهِ عِمَارَتُهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْإِمَهَالِ مَخْصُوصٌ بِحَالَةِ الْعُذْرِ ، أَوْ الْإِعْتِذَارِ ، أَمَّا إِنْ عَلِمَ انْتِفَاءُ الْعُذْرِ ، فَلَا مُهْلَةَ . قَالَ : وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُ الْحَالِ بِوُجُودِ مُتَشَوِّفٍ إِلَى الْإِحْيَاءِ ، أَمَّا مَعَ عَدَمِهِ ، فَلَا اعْتِرَاضَ ، سِوَى تَرْكِ الْعُذْرِ أَوْ لَا . انْتَهَى .

قَوْلُهُ : فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ ، فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . يَعْنِي ، لَوْ بَادَرَ غَيْرُهُ فِي

(١) الْمُعْنَى ١٥٣/٨ .

به ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنِ [١٦٨/٥] أَوْ مَشْرَعَةٍ ، فجاء غيره فأزاله وأخذه، ولعموم الحديث في الإحياء . والثاني ، لا يملكه ؛ لأنَّ مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » ^(١) . أَنَّهَا لَا تَكُونُ لَهُ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فِيهَا حَقٌّ ، وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . وروى سعيد في « سُنَنِه » ^(٣) أَنَّ عُمَرَ قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ يُعَمِّرُونَهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَّرَهَا قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا . وَلِأَنَّ الثَّانِيَّ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَحْيَا مَا تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرَى .

مُدَّةِ الْإِنْمَالِ ، وَأَحْيَاهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَمْلِكُهُ . صَحَّحَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ،

(١) تقدم تخريجه في

(٢) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٨/٦ .

فصل : فَإِنْ ضُرِبَتْ لِلْمُتَحَجِّرِ مُدَّةٌ ، فَانْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلغَيْرِهِ أَنْ يُعَمَّرَ وَيَمْلِكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضُرِبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ عُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدُكَ . فَإِنْ

و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَمْلِكُهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ النَّازِمُ : وَهُوَ بَعِيدٌ .

(١) فَائِدَتَانِ ؛ الْأُولَى (١) ، لَوْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ قَبْلَ صَرْبِ مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : حُكْمُ الْإِحْيَاءِ قَبْلَ صَرْبِ مُدَّةِ الْمُهْلَةِ حُكْمُ الْإِحْيَاءِ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، عَلَى مَا (٢) تَقَدَّمَ . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ . وَأَمَّا إِذَا أَحْيَاهُ الْغَيْرُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ (٣) الْمُهْلَةِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ ، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ (٤) ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ الْخِلَافَ الْمُتَقَدَّمَ : وَيَتَوَجَّهُ مِثْلُهُ فِي نَزْوِلِهِ عَنْ وَظِيفَةِ لَزِيدٍ ، هَلْ يَتَقَرَّرُ غَيْرُهُ فِيهَا ؟ وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِي مَنْ نَزَلَ عَنْ وَظِيفَةِ الْإِمَامَةِ : لَا يَتَعَيَّنُ الْمَنْزُولُ لَهُ ، (٥) وَيُؤَلَّى مَنْ إِلَيْهِ الْوِلَايَةُ ، مَنْ يَسْتَحِقُّ التَّوَلِيَّ شَرْعًا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي الْمَجْدِ : لَا يَصِحُّ تَوَلِيُّ غَيْرِ الْمَنْزُولِ لَهُ (٦) ، فَإِنْ لَمْ يُقَرَّرْهُ الْحَاكِمُ ، وَإِلَّا فَالْوِظِيفَةُ بَاقِيَةٌ لِلنَّازِلِ . انْتَهَى . قُلْتُ :

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « فَوَائِدُ مِنْهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَمِنْهَا » .

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

لم يُعَمِّرْها ، كان لغيره عِمَارَتُها . فإن لم يُقَلْ له شيء ، واستمرَّ تَعْطِيلُها ، فقد ذَكَّرْنَا حَدِيثَ عُمَرَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ وَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَّرْنَا .

فصل : (وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يُمْلِكُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ) عَلَى مَا ذَكَّرْنَا . وَلَا يَنْبَغِي أَنْ

^١) وقريب منه ما قاله الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ وَغَيْرُهُ ، فِيمَا إِذَا آثَرَ شَخْصًا بِمَكَانِهِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَسْبِقَهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ الْجَالِسِ فِي اسْتِحْقَاقِ مَكَانِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا ، ثُمَّ آثَرَ بِهِ غَيْرَهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْقَائِمَ اسْقَطَ حَقَّهُ بِالْقِيَامِ ، فَبَقِيَ عَلَى الْأَصْلِ ، فَكَانَ السَّابِقُ إِلَيْهِ أَحَقَّ بِهِ ، كَمَنْ وَسَّعَ لِرَجُلٍ فِي طَرِيقٍ ، فَمَرَّ غَيْرُهُ ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَيُفَارِقُ التَّوَسُّعَ فِي الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ لِلْمُرُورِ فِيهَا ، كَمَنْ انْتَقَلَ مِنْ مَكَانٍ فِيهَا لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقٌّ حَتَّى يُؤْثِرَ بِهِ ، وَالْمَسْجِدُ جُعِلَ لِلْإِقَامَةِ فِيهِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْمُنتَقِلِ مِنْهُ إِذَا انْتَقَلَ لِحَاجَةٍ ، وَهَذَا إِنَّمَا انْتَقَلَ مُؤَثِّرًا لغيره ، فَأَشْبَهَ النَّائِبَ الَّذِي بَعَثَهُ إِنْسَانٌ لِيَجْلِسَ فِي مَوْضِعٍ يَحْفَظُهُ لَهُ . انتهى . قلتُ ^١ : الَّذِي يَتَعَيَّنُ ، مَا قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَنْزُولُ لَهُ أَهْلًا ، وَيُوجَدُ ^٢ غَيْرُهُ أَهْلًا ^٢ ، فَإِنَّ الْمَنْزُولَ لَهُ أَحَقُّ ، مَعَ أَنَّ هَذَا لَا يَأْبَاهُ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ .

قوله : وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَكُونُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في ١ : « غير أهل » .

الشرح الكبير

يُقَطَّعُ إِلَّا مَا قَدَّرَ عَلَى إِحْيَائِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْطَاعَهُ أَكْثَرَ مِنْ إِدْخَالِ ضَرَرٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ
بِلا فائِدَةٍ فِيهِ . فَإِنْ فَعَلَ ثُمَّ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ عَنْ إِحْيَائِهِ ، اسْتَرْجَعَهُ مِنْهُ ، كَمَا
اسْتَرْجَعَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ مَا عَجَزَ عَنْ عِمَارَتِهِ مِنْ
الْعَقِيقِ الَّذِي أَقْطَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ
الْعَقِيقَ أَجْمَعَ ، « فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ ، قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ
يُقْطِعْكَ لِتَحِيْزِهِ ^(١) عَنْ النَّاسِ ، إِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعْمُرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ
عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرُدِّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُيَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٢) . وَذَكَرَ
سَعِيدٌ فِي [١٦٩/٥ د] « سُنَنِهِ » ^(٣) قَالَ : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ
رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنَ الْحَارِثِ يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلِيَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ :
مَا أَقْطَعْتَهُ لِتَحْجَبَهُ ، فَأَقْطَعُهُ النَّاسَ . وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وَاثِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ،

كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَقَالَ مَالِكٌ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِنَفْسِ الْإِقْطَاعِ ؛ [٢٢٥/٢ ظ] يَبِيعُ ، وَيَهْبُ ،
وَيَتَصَرَّفُ ، وَيُورَثُ عَنْهُ . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ إِنْمَالًا لِلْحَقِيقَةِ الْإِقْطَاعِ ؛ وَهُوَ
التَّمْلِيكُ .

(١ - ١) فِي م : « وَإِنْ » .

(٢) فِي م : « لِتَحْجَبَهُ » .

(٣) فِي : بَابُ الْإِقْطَاعِ ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ . الْأَمْوَالُ ٢٧٣ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَقْطَعَ قِطْعَةً أَوْ تَحْجَرُ أَرْضًا ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السُّنَنِ الْكُبْرَى
١٤٩/٦ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٩١ .

(٤ - ٤) فِي م : « عَنْ » .

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتَ^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . قَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ أَبِي نُجَيْحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةٌ مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ ، لَمْ أُرُدَّهَا ، وَلَكِنَّهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أُرُدُّهَا^(٢) .

فصل : وقد روى وإيل بن حنجر ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ ، أَنْ أَعْطِهِ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعْلِمَهُ إِيَّاهُ . حَدِيثٌ صَحِيحٌ^(٣) . وَأَقْطَعَ الزُّبَيْرُ حَضْرَ فَرَسِهِ^(٤) ، فَأَجْرَى فَرَسَهُ حَتَّى قَامَ وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : « أَعْطُوهُ

فائدتان ؛ إحداهما ، للإمام إقطاع غير المواتِ تَمْلِيكًا وَانْتِفَاعًا ، لِلْمَصْلَحَةِ دُونَ غَيْرِهَا . الثَّانِيَةُ ، قَسْمُ الْأَصْحَابِ الْإِقْطَاعِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ إِقْطَاعُ تَمْلِيكٍ ، وَإِقْطَاعُ اسْتِغْلَالٍ ، وَإِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ . وَقَسْمُ الْقَاضِي إِقْطَاعُ التَّمْلِيكِ إِلَى ، مَوَاتٍ ، وَعَامِرٍ ، وَمَعَادِنَ ؛ وَجَعَلَ إِقْطَاعُ الاسْتِغْلَالِ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ عَشْرٍ ، وَخَرَاجٍ ، وَإِقْطَاعُ الْإِرْفَاقِ ، وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٤/٢ . والتزمى ، في : باب ما جاء في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . والدارمي ، في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٩٩/٦ .

(٢) أخرجه حميد بن زنجويه ، في : باب إحياء الأرض وإحيائها ... من كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها ... الأموال ٦٤٤/٢ .

(٣) هو المتقدم في الحاشية قبل السابقة .

(٤) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تملو عدوة واحدة .

الشرح الكبير

مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ» . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(١) . وَذَكَرَ
 الْبُخَارِيُّ^(٢) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَنْصَارَ لِيُقْطَعَ لَهُمْ
 بِالْبَحْرَيْنِ ، فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ فَعَلْتَ فَاتَّكَبْنَا لِإِخْوَانِنَا^(٣) مِنْ
 قُرَيْشٍ^(٤) بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ،
 وَأَقْطَعَ عُثْمَانُ خَمْسَةً مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ الزُّبَيْرُ ، وَسَعْدٌ ، وَابْنُ
 مَسْعُودٍ ، وَأَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ ، وَخُبَّابُ بْنُ الْأَرْتِ . وَرَوَى عَنْ نَافِعٍ أَيْ عَبْدِ
 اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ : إِنَّ قَبْلَنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ ،
 وَلَا تَضُرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنْ تُقْطِعْنَهَا اتَّخِذْ فِيهَا قَصِيلاً^(٥)
 لَخَيْلِي . قَالَ : فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَأَقْطِعْهَا
 إِلَيْهِ . رَوَى هَذِهِ الْآثَارَ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(٦) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
 فَإِنَّ مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ [١٦٩/٥ ط] شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، لَكِنْ
 يَصِيرُ أَحَقَّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ
 بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ مِنْهُ عُمَرُ مَا عَجَزَ عَنْ إِحْيَائِهِ^(٧) . وَلَوْ

الإِنصاف

- (١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦/٢ .
 (٢) في : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٥٠/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١١/٣ .
 (٣ - ٣) سقط من : الأصل .
 (٤) القصيل : ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب .
 (٥) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين ... الأموال ٢٧٦ - ٢٧٨ .
 (٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٧ .

المقنع وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ،
مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَيَكُونُ
الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا .

الشرح الكبير مَلَكَهُ ، لَمْ يَجْزِ اسْتِرْجَاعُهُ . وَرَدَّ عُمَرُ أَيْضًا قَطِيعَةَ أَبِي بَكْرٍ لِعَيْنَتِهِ بَنِ
حِصْنٍ ، فَسَأَلَ عَيْنَتُهُ بَنُ حِصْنٍ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يُجَدِّدَ لَهُ كِتَابًا ، فَقَالَ : وَاللَّهِ
لَا أُجَدِّدُ شَيْئًا رَدَّهَ عُمَرُ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(١) . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ الْمُقْطَعُ
أَحَقَّ بِهَا مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، وَأَوَّلَى بِإِحْيَائِهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمَ الْمُتَحَجِّرِ
الشَّارِعِ سَوَاءً . وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

٢٤٧٩ - مسألة : (وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ
وَرِحَابِ الْمَسَاجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ) الْقَطَائِعُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَالثَّانِي ، إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ ، وَذَلِكَ

الإِنصاف قوله : وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرُقِ الْوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ
عَلَى النَّاسِ . فَيَحْرُمُ . وَلَا تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . بَلَا نِزَاعٍ . وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ
بِالْجُلُوسِ فِيهَا . مَا لَمْ يَعُدْ فِيهِ الْإِمَامُ .

تنبیه : تَجْوِيزُ الْمُصَنِّفِ إِقْطَاعَ الْجُلُوسِ بِرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، اخْتِيَارٌ مِنْهُ ؛
لِكَوْنِهَا لَيْسَتْ مَسْجِدًا ؛ لِامْتِنَاعِ ذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ ، وَاخْتِيَارُ الْخَرْقِيِّ ، وَالْمَسْجِدِ ،
قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَتَقَدَّمَ ، هَلْ رَحْبَةُ الْمَسْجِدِ مِنَ الْمَسْجِدِ ، أَوْ لَا ؟ فِي بَابِ
الْاِعْتِكَافِ .

(١) فِي الْبَابِ السَّابِقِ ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ الْمَقْعِ بِهَا مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا .

الشرح الكبير ، كإقطاعِ مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَالطُّرُقِ الْوَاسِعَةِ ، وَرِحَابِ الْمَسَاجِدِ ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ اجْتِهَادًا ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجُلُوسُ إِلَّا فِيمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يُجْلِسَ فِيهَا مَنْ لَا يَرَى أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجُلُوسِهِ . وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْطَعُ بِذَلِكَ ، بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا مِنْ غَيْرِهِ ، بِمَنْزِلَةِ السَّابِقِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِقْطَاعِ ، إِلَّا فِي أَنَّ السَّابِقَ إِذَا نَقَلَ مَتَاعَهُ عَنْهَا ، فَلْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهَا بِسَبْقِهِ إِلَيْهَا وَمُقَامِهِ فِيهَا ، فَإِذَا انْتَقَلَ عَنْهَا ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ؛ لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي اسْتَحَقَّ بِهَا ، وَهَذَا اسْتَحَقُّ بِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يَزُولُ حَقُّهُ بِنَقْلِ مَتَاعِهِ ، وَلَا لْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهِ . وَحُكْمُهُ فِي التَّظْلِيلِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَيْسَ بَيِّنًا ، وَمَنْعُهُ مِنَ الْبِنَاءِ ، وَمَنْعُهُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ، حُكْمُ السَّابِقِ ، عَلَى مَا نَذَرُ .

٢٤٨٠ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ يَسْبِقُ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا) مَا كَانَ مِنَ الشُّوَارِعِ وَالطُّرُقَاتِ وَالرِّحَابِ بَيْنَ الْعُمَرَانِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ إِحْيَاؤُهُ ، سِوَاءَ كَانَ وَاسِعًا أَوْ ضَيِّقًا ،

الإنصاف قوله : فَإِنْ لَمْ يُقَطَّعْهَا ، فَلَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقُّ بِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَغْنَى ، أَنَّهَا مِنَ الْمَرَافِقِ ، وَأَنَّ لَهُ الْجُلُوسَ فِيهَا مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمَعَ عَدَمِ إِقْطَاعِ ، لِلْسَّابِقِ الْجُلُوسُ ، عَلَى

وسواء ضَيِّقَ على الناسِ بذلك أو لم يُضَيِّقْ ؛ لأنَّ ذلك يَشْتَرِكُ فيه المسلمونُ ، وتَعَلَّقَ به [١٧٠/٥] مَصْلَحَتُهُمْ ، أَشْبَهَ مَسَاجِدَهُمْ . وَيَجُوزُ الِارْتِفَاقُ بِالْقُعُودِ فِي الْوَاسِعِ مِنْ ذَلِكَ لِلْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ وَلَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ؛ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَمْصَارِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ ، عَلَى إِقْرَارِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ ، وَلِأَنَّهُ ارْتِفَاقٌ بِمُبَاحٍ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ ، فَلَمْ يُنَمَّعْ مِنْهُ ، كَالاجْتِيَاذِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي السَّابِقِ إِلَى ذَكَائِنِ السُّوقِ غُدُوَّةٌ : فَهُوَ لَهُ إِلَى اللَّيْلِ . وَكَانَ هَذَا فِي سُوقِ الْمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَتَى مُنَاخٌ مِنْ سَبَقٍ » ^(١) . وَلَهُ أَنْ يُظَلَّلَ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ مِنْ بَارِيَّةٍ ^(٢) ، وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ ذَكَّةً وَلَا غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ ، وَتَعَثَّرُ بِهِ الْمَارَّةُ بِاللَّيْلِ ، وَالضَّرِيرُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، وَتَبْقَى عَلَى الدَّوَامِ ، وَرُبَّمَا ادَّعَى مِلْكَهُ بِذَلِكَ . وَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ مَا كَانَ فِيهِ ؛ فَإِنْ قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ لغيرِهِ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ قَدْ زَالَتْ .

الْأَصَحُّ ، مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَعَنهُ ، لَهُ ذَلِكَ إِلَى اللَّيْلِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَنَقَلَ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، رِوَايَةً بِالْمَنْعِ مِنْ الْجُلُوسِ فِي الطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ؛ لِلتَّعَامُلِ فِيهَا ، فَلَا تَكُونُ مِنَ الْمَرَافِقِ . قَالَ :

(١) تقدم تخريجه في ٧٧/١١ .

(٢) البارية : الحصى .

فَإِنْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فِيهَا ، فَهَلْ يُزَالُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٨١ - مسألة : فَإِنْ طَالَ مُقَامُهُ ، مُنِعَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُصِيرُ كَالْتَّمَلُّكِ ، وَيَخْتَصُّ بِنَفْعٍ يُسَاوِيهِ غَيْرُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ .

الإنصاف

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ فِي الْجُلُوسِ فِي هَذِهِ الْأَمْكِنَةِ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : هَذَا قَوْلُ الْأَكْثَرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ حَكَاهَا فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالْثَّمَانِينَ » ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أَجْلَسَ غُلَامَهُ أَوْ أَجْنَبِيًّا ، لِيَجْلِسَ هُوَ إِذَا عَادَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَرَكَ الْمَتَاعَ فِيهِ ؛ لاسْتِمْرَارِ يَدِهِ بِمَنْ هُوَ فِي جِهَتِهِ . وَلَوْ آثَرَ بِهِ رَجُلًا ، فَهَلْ لِلغَيْرِ السَّبْقُ إِلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . وَالثَّانِي ، نَعَمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَظْهَرُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَتُشَبِّهُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَا ذَكَرْنَا فِي آخِرِ بَابِ الْجُمُعَةِ ، لَوْ آثَرَ بِمَكَانِهِ شَخْصًا ، فَسَبَقَهُ غَيْرُهُ إِلَيْهِ^(١) . عَلَى مَا تَقَدَّمَ هُنَاكَ . الثَّانِيَةُ ، لَهُ أَنْ يُظَلِّلَ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، مِنْ بَارِيَةٍ وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْبِي ذَكَّةً وَلَا غَيْرَهَا .

قوله : فَإِنْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فِيهَا ، فَهَلْ يُزَالُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ،

(١) سقط من : ١ .

فَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا .

٢٤٨٢ - مسألة : (وإن سَبَقَ اثْنَانِ) إليه ، اِخْتَمَلَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَاِخْتَمَلَ أَنْ (يُقَدَّمُ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا) فَإِنْ كَانَ الْجَالِسُ يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ تَمَكُّيْنُهُ بِعَوَضٍ وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَتَّبَعِي لَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبِيعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُؤْذِي الْمَارَّةَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي الطَّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ

و « الْفَاتِقِ » ، و « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُزَالُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : (وَهَذَا اللَّامُ بِأَصُولِ الْأَصْحَابِ ؛ حَيْثُ قَالُوا بِالْإِقْطَاعِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُزَالُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ^(١) : هَذَا أَظْهَرُهُمَا عِنْدَهُمْ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : مُنِعَ فِي أَصْحَحِ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ جَزَبٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » .

قوله : فَإِنْ سَبَقَ ^(٢) اثْنَانِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « استبق » .

التاس . وهى السفن التى يطحن فيها فى الماء الجارى . إنما كره ذلك ، لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء . قال أحمد : ربما غرقت السفن ، فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها .

« الخلاصة » ، و « الوجيز » ، و « المنور » ، وغيرهم . وقدمه فى « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح الحارثي »^(١) ، و « القواعد الفقهية » ، و « تجريد العناية » ، وغيرهم . قال الحارثي : هذا المذهب . وقيل : يقدم الإمام من يرى منهما . وهو وجه حكاه القاضى فمن بعده . وأطلقهما فى « التلخيص » ، و « المذهب » ، و « الشرح » . وكذا الحكم لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان ، أو استبق فقهاء إلى مدرسة ، أو صوفيان إلى خانقاه^(٢) . ذكره الحارثي ، وتبعه فى « القواعد » ، وقال : هذا يتوجه على أحد الاختمالين اللذين^(٣) ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة^(٤) بوصف معين ؛ لأنه لا يتوقف الاستحقاق فيهما على تنزيل ناظر . فأما على الوجه الآخر ؛ وهو توقف الاستحقاق على تنزيله ، فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات . وقد يقال : إنه يرجح^(٥) بالقرعة مع التساوى . انتهى .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) هى رباط الصوفية .

(٣) فى الأصل ، ط : « الذى » .

(٤) سقط من : ط .

(٥) فى ١ : « يرجح » .

المقنع وَ مَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ . وَ هَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٤٨٣ - مسألة : [١٧٠/٥ ط] (وَإِنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا

الشرح الكبير

يَنَالُ مِنْهُ) لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١) . وَ سَوَاءٌ كَانَ الْمَعْدِنُ ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا ، إِذَا كَانَ فِي مَوَاتٍ . فَإِنْ أَخَذَ قَدَرٌ حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بِحَيْثُ يُمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ بِمَا لَا نَفْعَ فِيهِ لَهُ ، أَشَبَّهُ مَا لَوْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةِ الْمَاءِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ .

٢٤٨٤ - مسألة : (وَ هَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ) لِلْأَخْذِ ؟ (عَلَى

وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ . وَالْآخَرُ ، لَا يُمْنَعُ ؛ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ . وَإِنْ اسْتَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، وَضَاقَ الْمَكَانُ عَنْهُمَا ،

قوله : وَ مَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : مَنْ أَخَذَ مِنْ مَعْدِنٍ فَوْقَ حَاجَتِهِ ، مُنِعَ مِنْهُ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : فَإِنْ أَخَذَ قَدَرٌ حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ [٢٢٦/٢ و] ، بِحَيْثُ يُمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ .

الإنصاف

قوله : وَ هَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ - يَعْنِي الْآخِذَ - عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

الشرح الكبير

أَقْرَعَ^(١) بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وَقَدْ تَسَاوَيَا ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَدَاعَا عَيْنًا فِي أَيَّدِيهِمَا وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَهُ نَظَرًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا رَابِعًا ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ يَنْصَبُ مَنْ يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُمْنَعُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . الْإِنْصَافُ
قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مَا دَامَ آخِذًا .
قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَصَحُّهُمَا لَا يُمْنَعُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُمْنَعُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الرُّعَايَةِ
الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي »^(٢) . وَقِيلَ : يُمْنَعُ مَعَ ضَيْقِ الْمَكَانِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
قَطَعَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ .

فَائِدَةٌ : لَوْ اسْتَبَقَ اثْنَانِ فَأَكْثَرُ إِلَى مَعْدِنٍ مُبَاحٍ ، وَضَاقَ الْمَكَانُ عَنْ أَخْذِهِمْ
جُمْلَةً وَاحِدَةً ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ
الصُّغْرَى » : وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ مَعًا ، وَضَاقَ بَهُمَا ، اقْتَرَعَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْقَوَاعِدِ
الْفَقْهِيَّةِ » . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ مَنْ شَاءَ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : بِالْقِسْمَةِ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » : وَذَكَرَ
الْقَاضِي وَجْهًا رَابِعًا ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ الْقَاضِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَقْرَعَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ،
وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ [١٤٨ ط] ، رَغْبَةً عَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَإِنْ سَبَقَ
إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا .

٢٤٨٥ - مسألة : (وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، أَوْ عَنْبَرٍ ،
وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ) وَلُقْطَةٍ ، وَلَقِيطٍ (وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ) أَوْ يَضِيعُ
مِنْهُمْ مِمَّا لَا تَتَّبِعُهُ النَّفْسُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلَجِ ^(١) وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ (فَهُوَ
أَحَقُّ بِهِ) بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ ، لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ
إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ^(٢) فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ
بَيْنَهُمَا) لِأَن قِسْمَتَهُ مُمَكِّنَةٌ ، فَلَا يُؤْخَرُ حَقُّ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا

أَيْضًا : إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا لِلتَّجَارَةِ ، هَايَأُهَا الْإِمَامُ بَيْنَهُمَا بِالْيَوْمِ أَوْ السَّاعَةِ بِحَسَبِ
مَا يَرَى ؛ لِأَنَّهُ يَطُولُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ ، فَاحْتِمَالَاتٌ ؛ أَحَدُهَا ، الْقُرْعَةُ . وَالثَّانِي ،
يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ لَهَا ، ثُمَّ يَقْسِمُ . وَالثَّالِثُ ، يُقَدِّمُ مَنْ يَرَاهُ أَخْوَجَ وَأَوْلَى . وَقَالَ
فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ ، فَإِنْ أَخَذَ فَوْقَ حَاجَتِهِ ، مُنِعَ .
وَقِيلَ : لَا . وَقِيلَ : إِنْ أَخَذَهُ لِلتَّجَارَةِ هَايَأُ الْإِمَامُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِحَاجَةٍ ، فَأَرْبَعَةٌ
أَوْجُهُ ؛ الْمُهَيَّاءَةُ ، وَالْقُرْعَةُ ، وَتَقْدِيمُ مَنْ يَرَى الْإِمَامُ ، وَأَنْ يَنْصَبَ مَنْ يَأْخُذُهُ ،
وَيَقْسِمُهُ بَيْنَهُمَا . انْتَهَى . وَذَكَرَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ الْأَوْجُهُ الْأَرْبَعَةَ مِنْ تَتِمَّةِ قَوْلِ
القَاضِي .

قوله : وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ - وَسَمَكٍ ، وَلُؤْلُؤٍ ، وَمَرْجَانٍ -

(١) فِي م : « الْبَلَح » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

على الآخر . وإن سَبَقَ إلى مَوَاتٍ أو بِثَرٍّ عَادِيَّةٍ فهو أَحَقُّ بها ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

الشرح الكبير

وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَتَّبِعُهُ النَّاسُ ، رَغْبَةً عَنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَكَذَا لَوْ سَبَقَ إِلَى مَاضَاغٍ مِنَ النَّاسِ مِمَّا لَا تَتَّبِعُهُ الْهِمَّةُ ، وَكَذَا اللَّقِيطُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلَجِ وَالْمَنِّ ، وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ .

وقوله : وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ الْأَصَحُّ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَى الْمُبَاحِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَإِنْ كَانَ فِي كَلَامٍ بَعْضُ الْأَصْحَابِ مَأْيُوهٌ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يَقْتَرِعَانِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقَدِّمُ الْإِمَامُ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : ثُمَّ إِنْ أَبَا الْخَطَّابِ فِي كِتَابِهِ ، قَيَّدَ اقْتِسَامَهُمَا بِمَا إِذَا كَانَ الْأَخْذُ لِلتَّجَارَةِ . ثُمَّ قَالَ : وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ ، اخْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا . وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَدِّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وَتَابَعَهُ عَلَيْهِ السَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمَا . وَهَذَا عِنْدِي غَلَطٌ ، فَإِنَّ الْمُبَاحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْأَخْذُ ، اسْتَقَرَّ الْمِلْكُ عَلَيْهِ ، وَلَا بُدَّ ؛ لَوْجُودِ السَّبَبِ الْمُقَيَّدِ لَهُ ، مَعَ أَنَّ الْقُرْعَةَ لَمْ تَرُدَّ فِي هَذَا النَّوعِ ، وَلَا فِي (١) شَيْءٍ مِنْهُ . وَكَيْفَ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا مَعَ قِيَامِ السَّبَبِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؟ نَعَمْ قَدْ يَجْرِي مَا قَالَ فِيمَا إِذَا ارْتَدَحَا عَلَيْهِ لِيَأْخُذَاهُ . ثُمَّ قَالَ : وَالصَّوَابُ مَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ ، مِنَ الْاِقْتِسَامِ مَعَ عَدَمِ الْفَرْقِ بَيْنَ التَّجَارَةِ ، وَالْحَاجَةِ . انْتَهَى .

تَنْبِيهِ : فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنَّمَا يَتَأْتِي هَذَا فِي الْمُتَضَبِّطِ الدَّاخِلِ تَحْتَ

(١) سقط من : ١ .

الْيَدِ ؛ كَالصَّيْدِ ، وَالسَّمَكِ ، وَاللُّؤْلُؤِ ، وَالْمَرْجَانِ ، وَالْمَنْبُودِ . أَمَّا مَا لَا يَنْضَبِطُ ، كَالشَّعْرَاءِ ^(١) ، وَثَمَرِ الْجَبَلِ ، فَالْمِلْكُ فِيهِ مَقْصُورٌ عَلَى الْقَدْرِ الْمَأْخُودِ ، قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ . انْتَهَى .

فائدة : وكذا الحكم في السَّبْقِ إِلَى الطَّرِيقِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْأَدِمِيُّ الْبُعْدَادِيُّ بِالْقِسْمَةِ هُنَا .

فائدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ تَرَكَ دَابَّتَهُ بِفَلَاقٍ ، أَوْ مَهْلِكَةً ؛ لِيَأْسِهِ مِنْهَا ، أَوْ عَجْزِهِ عَنْ غَلْفِهَا ، مَلَكَهَا آخِذُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ مِنْ رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَابْنِ مَنْصُورٍ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُهَا . وَهُوَ وَجْهٌ ، خَرَّجَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، كَالرَّقِيقِ ، وَتَرَكَ الْمَتَاعَ عَجْزًا ، بَلَا نِزَاعٍ فِيهِمَا . وَيَرْجِعُ بِالنَّفَقَةِ عَلَى الرَّقِيقِ ، وَأُجْرَةُ حَمْلِ الْمَتَاعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ أَخِذًا مِنْ انْتِفَاءِ الْأَخِذِ فِي اللَّقْطَةِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي الْعَبْدِ ، ذَكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَلْقَى مَتَاعَهُ فِي الْبَحْرِ خَوْفَ الْغَرَقِ ، فَقَالَ الْحَارِثِيُّ : نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْمَتَاعِ يَقْتَضِي أَنْ مَا يُلْقِيهِ رُكَابُ السَّفِينَةِ [٢٢٦/٢ ظ] مَخَافَةَ الْغَرَقِ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِمْ . انْتَهَى . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ آخِذُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَذَكَرَهُ فِي آخِرِ اللَّقْطَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . فَعَلِيَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لِأَخِذِهِ الْأُجْرَةَ ، عَلَى

(١) الشَّعْرَاءُ : الْأَرْضُ أَوْ الرُّوْضَةُ الْكَثِيرَةُ الشَّجَرِ .

وَإِذَا كَانَ الْمَاءُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ؛ كَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، فَلَمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقَى وَيَحْبِسَ الْمَاءَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ .

الشرح الكبير

٢٤٨٦ - مسألة : (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ؛ كمياه الأمطار ، فلمن في أعلاه أن يسقى ويحبس الماء حتى يصل إلى الكعب ، ثم يرسل إلى من يليه) وجملة ذلك ، أنه لا يخلو الماء من حالين ؛ إما [١٧١/٥] أن يكون جارياً ، أو واقفاً . والجاري ضربان ؛ أحدهما ، أن يكون في نهر غير مملوك ، وهو قسمان ؛ أحدهما ، أن يكون نهراً عظيماً ؛ كالنيل ، والفرات ، الذي لا يستعير أحد بالسقى منهما ، فهذا لا تراحم فيه ، ولكل أحد أن يسقى منها متى شاء وكيف شاء . القسم الثاني ، أن يكون نهراً صغيراً يزدهم الناس فيه ، ويتشاحون في مائه ، أو سيلاً يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه ، فيبدأ بمن في أول النهر ، فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ، ثم يرسل إلى الذي يليه ، فيصنع كذلك ، وعلى

الإنصاف

الصحيح . وقيل : لا أجر له .

قوله : وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ؛ كمياه الأمطار ، فلمن في أعلاه أن يسقى ويحبس ، حتى يصل الماء إلى كعبه ، ثم يرسل إلى من يليه . الماء إذا كان جارياً ، وهو غير مملوك ، لا يخلو ؛ إما أن يكون نهراً عظيماً ؛ كالنيل ، والفرات ، و دجلة ، وما أشبهها ، أو لا ، فإن كان نهراً عظيماً ، فهذا لا تراحم فيه ، ولكل أحد^(١) أن يسقى منه ماشاء ، متى شاء ، كيف شاء ، وإن كان نهراً صغيراً ،

(١) في ١ : « واحد » .

هذا حتى تَنْتَهِيَ الْأَرْضِي كُلُّهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أَوْ عَنِ الثَّانِي ، أَوْ عَمَّنْ يَلِيهِمَا ، فَلَا شَيْءَ لِلْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا فَضَّلَ ، فَهُمْ كَالْعَصْبَةِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا قَوْلُ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، وَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ . فَتَلَوْنَ وَجْهَهُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ اخْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ » . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : فَوَاللَّهِ إِنِّي لَأُحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِيهِ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(١) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) .

يَزِدُّهُمْ النَّاسُ فِيهِ ، وَيَتَشَاخُونُ فِي مَائِهِ ، أَوْ سَيَلًا يَتَشَاخُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِينَ الشَّارِبَةِ

(١) سورة النساء ٦٥ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبيين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٢٩/٤ ، ١٨٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٣/٢ ، ٢٨٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة الأحمدي ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٩/٨ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول الله ﷺ ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٩/٢ ، ٨ ، ٧/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٤ .

الشرح الكبير

وذكر عبد الرزاق^(١) ، عن معمر ، عن الزهري ، قل : نظرنا في قول النبي ﷺ : « ثم أحبس الماء^(٢) حتى يبلغ الجدر » . وكان ذلك إلى الكعبين . قال أبو عبيد : الشراج : جمع شرج . والشرج : نهر صغير . والحرّة : أرض ملتبسة بحجارة سود . والجدر : الجدار . وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل ، تسهياً على غيره ، فلما قال الأنصاري ما قال ، استوفى النبي ﷺ للزبير حقه . وروى مالك في « الموطأ »^(٣) عن عبد الله بن أبي بكر بن عمرو^(٤) بن حزم ، أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور^(٥) ومذنيب : « يمسك حتى يبلغ الكعبين ، ثم يرسل الأعلى على الأسفل » . قال ابن عبد البر : هذا حديث مدني

الإنصاف

منه ، فإنه يبدأ بمن في أول النهر ، فيسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه . نص عليه ، ثم يرسل إلى من يليه كذلك . وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء ، أو عن الثاني ، أو من يليهم ، فلا شيء للباقيين . فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة ؛ منها ما هو مستغل ، ومنها ما هو مستغل ، سقى كل واحد منهما على حديثها . قاله في « المعنى » ، و « الشرح » ،

(١) لم نجده في مصنف عبد الرزاق .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٤/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ . وابن ماجه ، في : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٠/٢ .

(٤) في م : « عمر » .

(٥) في م : « مهزور » .

مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مَعْمُولٌ [١٧١/٥] بِهِ عِنْدَهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ
ابْنُ حَبِيبٍ ^(١) : مَهْزُورٌ ^(٢) وَمُذْنِبٌ ، وَادِيَانِ مِنَ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ يَسِيلَانِ
بِالْمَطَرِ ، يَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَائِطِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٣) بِإِسْنَادِهِ ،
عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كُبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ قُرَيْشٍ -
كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي مَهْزُورٍ -
السَّيْلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ - فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى
الْكَعْبَيْنِ ، لَا يَحْبِسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلِأَنَّ مَنْ أَرْضُهُ قَرِيبَةٌ مِنْ رَأْسِ
النَّهْرِ سَبَقَ ^(٤) إِلَى الْمَاءِ ^(٥) ، فَكَانَ أَوْلَى بِهِ ، كَالسَّابِقِ إِلَى الْمَشْرِعَةِ . فَإِنْ
كَانَتْ أَرْضُ صَاحِبِ الْأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، مِنْهَا عَالِيَةٌ وَمِنْهَا مُسْتَقْلَةٌ ، سَقَى كُلَّ
وَاحِدَةٍ مِنْهَا عَلَى حِدَتِهَا . فَإِنْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا

الإِنصاف و « شَرَحَ الْحَارِثِيُّ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : إِنْ كَانَتْ
الْأَرْضُ الْعُلْيَا مُسْتَقْلَةً ، سَدَّهَا إِذَا سَقَى ، حَتَّى يَصْعَدَ إِلَى الثَّانِي .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا الْمَاءَ
بَيْنَهُمَا . إِنْ أُمِكنَ ، وَإِنْ لَمْ يُمِكنَ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَيُقَدَّمُ مَنْ قَرَعَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ

(١) عبد الملك بن حبيب بن سليمان أبو مروان السلمى الأندلسى الفقيه ، كان حافظاً للفقهِ نبيلاً ، ذاباً عن
مذهب مالك ، صنّف في الفقهِ والتاريخ والأدب ، له « الواضحة » في الفقهِ . توفى رابع رمضان سنة ثمان وثلاثين
ومائتين ، وله أربع وستون سنة . تهذيب التهذيب ٦/٣٩٠ ، ٣٩١ .

(٢) في الأصل ، م : « مهزوز » .

(٣) في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٤ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « المكان » .

فَإِذَا أَرَادَ إِنْسَانٌ إَحْيَاءَ أَرْضٍ بَسَقِيَهَا مِنْهُ ، جَازَ مَا لَمْ يَضُرَّ الْمَقْنَعِ
بِأَهْلِ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ .

الشرح الكبير

الماء بينهما إن أمكن ، وإلا أقرع بينهما ، فَقَدَّمْ مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فإن كان الماء لا يُفْضَلُ عن أحدهما ، سَقَى مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنَ الْمَاءِ ، ثم تَرَكَهَ لِلْآخِرِ ، وليس له السَّقْيُ بِجَمِيعِ الْمَاءِ ؛ لِمُساوَاةِ الْآخِرِ لَهُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَاءِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ فِي اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ لَا فِي أَصْلِ الْحَقِّ ، بِخِلَافِ الْأَعْلَى مَعَ الْأَسْفَلِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِي الْفَاضِلِ عَنِ الْأَعْلَى . فَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ أَحَدِهِمَا أَكْبَرَ مِنْ أَرْضِ الْآخِرِ ، قُسِمَ الْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ مِنْ أَرْضِ أَحَدِهِمَا مُساوٍ فِي الْقُرْبِ ، فَاسْتَحَقَّ جُزْءًا مِنَ الْمَاءِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لثَلَاثٍ .

٢٤٨٧ - مسألة : (فَإِنْ أَرَادَ إِنْسَانٌ إَحْيَاءَ أَرْضٍ) لِيَسْقِيَهَا مِنْ مَاءِ النَّهْرِ (جَازَ ، مَا لَمْ يَضُرَّ بِأَهْلِ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ) إِذَا كَانَ لَجَمَاعَةٍ

الإنصاف لا يُفْضَلُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، سَقَى مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنَ الْمَاءِ ، ثم يَتْرُكُهُ لِلْآخِرِ ، وليس له أَنْ يَسْقِيَ بِجَمِيعِ الْمَاءِ ؛ لِمُساوَاةِ الْآخِرِ لَهُ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ ، بِخِلَافِ الْأَعْلَى مَعَ الْأَسْفَلِ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِي الْفَاضِلِ عَنِ الْأَعْلَى . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ وَاضِحٌ . وَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْضِ الْآخِرِ ، قُسِمَ الْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ احتَاجَ الْأَعْلَى إِلَى الشَّرْبِ ثَانِيًا ، قَبْلَ انْتِهَاءِ سَقْيِ الْأَرْضِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَنَصَرَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ .

قوله : فَإِنْ أَرَادَ إِنْسَانٌ إَحْيَاءَ أَرْضٍ ، بَسَقِيَهَا مِنْهُ ، جَازَ ، مَا لَمْ يَضُرَّ بِأَهْلِ

رَسْمُ شَرْبٍ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، فجاءَ إنسانٌ لِيُحْيِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ مِنْ رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لم يكنْ له أن يَسْقِيَ قَبْلَهُمْ ؛ لأنَّهُمْ أَسْبَقُوا إِلَى النَّهْرِ مِنْهُ ، ولأنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا مَلَكَهَا بِحُقُوقِهَا وَمَرَافِقِهَا ، ولا يَمْلِكُ غَيْرُهُ إِبْطَالَ حُقُوقِهَا ، وهذا مِنْ حُقُوقِهَا . وهل لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِحْيَاءِ ذَلِكَ الْمَوَاتِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، ليس لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لأنَّ حَقَّهُمْ فِي النَّهْرِ لا فِي الْمَوَاتِ . والثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِئَلَّا يَصِيرَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى مَنَعِهِمْ حَقَّهُمْ مِنَ السَّقْيِ ؛ لِتَقْدِيمِهِ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْبِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ وَجُهِلَ الْحَالُ . فإذا

الشرح الكبير

الأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ . إذا كان لِمَجَاعَةٍ رَسْمُ شَرْبٍ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَيْلٍ ، فجاءَ إنسانٌ لِيُحْيِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لم يكنْ له أن يَسْقِيَ قَبْلَهُمْ ، على المذهبِ . واختارَ الْحَارِثِيُّ ، أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ، قال : وظاهرُ الْأَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمَةِ وَعُمُومُهَا ، يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ السَّبْقِ إِلَى أَعْلَى النَّهْرِ مُطْلَقًا . قال : وهو الصَّحِيحُ . وهل لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِحْيَاءِ ذَلِكَ الْمَوَاتِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُما ، ليس لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ . قال الْحَارِثِيُّ : وهو أَظْهَرُ . وقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ . قال الْحَارِثِيُّ : وهو الْمَفْهُومُ مِنْ إِبْرَادِ الْكِتَابِ . فعلى الْأَوَّلِ ، لو سَبَقَ إِلَى مَسِيلِ مَاءٍ ، أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأُحْيِيَ فِي أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أَحْيَا آخَرَ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أَحْيَا ثَالِثًا فَوْقَ الثَّانِي ، كان لِلَّذِي أَحْيَا أَوَّلًا^(١) السَّقْيُ أَوَّلًا ، ثُمَّ الثَّانِي ، ثُمَّ الثَّالِثُ ، فَيَقْدَمُ السَّبْقُ إِلَى الْإِحْيَاءِ عَلَى السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ، وعلى ما اختارَهُ الْحَارِثِيُّ^(٢) يَنْعَكِسُ ذَلِكَ .

الإنصاف

(١) سقط من : ط .

(٢) سقط من : ١ .

الشرح الكبير

قُلْنَا : ليس لهم منعه . فَسَبَقَ إِلَى مَسِيلِ مَاءٍ أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ فَأُخِيَا فِي
أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أُخِيَا آخَرُ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أُخِيَا ثَالِثٌ فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلْأَسْفَلِ
السَّقْيُ أَوَّلًا ثُمَّ الثَّانِي ثُمَّ الثَّالِثُ ، وَيُقَدَّمُ السَّبْقُ إِلَى الْإِحْيَاءِ [١٧٢/٥] عَلَى
السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْجَارِي فِي نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قِسْمَان ؛
أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ مُبَاحَ الْأَصْلِ ، مِثْلَ أَنْ يَحْفَرَ إِنْسَانٌ نَهْرًا صَغِيرًا
يَتَّصِلُ بِنَهْرٍ كَبِيرٍ مُبَاحٍ ، فَمَا لَمْ يَتَّصِلِ الْحَفَرُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحْجُزٌ
وَشُرُوعٌ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِذَا اتَّصَلَ الْحَفَرُ ، مَلَكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْإِحْيَاءِ أَنْ
تَنْتَهِيَ الْعِمَارَةُ إِلَى قَصْدِهَا ، بَحِثْ يَتَكَرَّرُ الِانْتِفَاعُ بِهَا عَلَى صُورَتِهَا ، وَهَذَا
كَذَلِكَ . وَسَوَاءٌ أَجْرَى فِيهِ الْمَاءُ أَوْ لَمْ يُجْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يَخْصُلُ بِتَهْيِئَتِهِ
لِلِانْتِفَاعِ بِهِ دُونَ حُصُولِ الْمَنْفَعَةِ ، فَيَصِيرُ مَالِكًا لِقَرَارِ النَّهْرِ وَحَافَتِهِ ،
وَهَوَاؤُهُ حَقٌّ لَهُ ، وَكَذَلِكَ حَرِيمُهُ ، وَهُوَ مَلْقَى الطَّيْنِ مِنْ جَوَانِبِهِ . وَعِنْدَ
الْقَاضِي أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنَّمَا هُوَ حَقٌّ مِنْ حُقُوقِ

فائدة : لو كَانَ الْمَاءُ بِنَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، كَمَنْ حَفَرَ نَهْرًا صَغِيرًا سَاقَ إِلَيْهِ الْمَاءُ مِنَ
نَهْرٍ كَبِيرٍ ، فَمَا حَصَلَ فِيهِ مَلَكَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا :
إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ هَذَا الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ .
قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ بِدُخُولِهِ فِي نَهْرِهِ ، كَدُخُولِهِ فِي قَرَّتِهِ ، وَرَاوِيَتِهِ ، وَمُضْنَعِهِ .
وَعِنْدَ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ ، أَنَّ الْمَاءَ بَاقٍ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، إِلَّا أَنَّ مَالِكَ

الْمِلْكُ . وَظَاهِرُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمُصَاحِبِهِ ^(١) ، قِيَاسًا عَلَى قَوْلِهِ فِي حَرِيمِ الْبَيْتِ ، أَنَّهُ يَمْلِكُهُ . إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ ، فَكَانَ النَّهْرُ لْجَمَاعَةٍ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْعَمَلِ وَالتَّفَقُّعِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا مِلْكٌ بِالْعِمَارَةِ ، وَالْعِمَارَةُ بِالتَّفَقُّعِ ، فَإِنْ كَفَى جَمِيعَهُمْ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَكْفِهِمْ فَتَرَاضَوْا عَلَى قِسْمَتِهِ بِالْمُهَايَاةِ أَوْ غَيْرِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢) حَقُّهُمْ ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ . وَإِنْ تَشَاخَوْا فِيهِ ، قَسَمَهُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أُمْلَاكِهِمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ

النَّهْرُ أَحَقُّ بِهِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ كَانَ لْجَمَاعَةٍ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ ، عَلَى حَسَبِ الْعَمَلِ وَالتَّفَقُّعِ ؛ فَإِنْ كَفَى جَمِيعَهُمْ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَكْفِهِمْ وَتَرَاضَوْا عَلَى قِسْمَتِهِ بِالْمُهَايَاةِ أَوْ غَيْرِهَا ، جَازَ ، وَإِنْ تَشَاخَوْا فِي قِسْمَتِهِ ، قَسَمَهُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أُمْلَاكِهِمْ ؛ فَيَأْخُذُ خَشَبَةً صُلْبَةً ، أَوْ حَجَرًا مُسْتَوِي الطَّرْفَيْنِ وَالْوَسْطِ ، فَيُوضَعُ عَلَى مَوْضِعٍ مُسْتَوٍ مِنَ الْأَرْضِ فِي مَصْدَمِ الْمَاءِ ، فِيهِ حَزُوزٌ ، أَوْ ثُقُوبٌ مُتَسَاوِيَةٌ فِي السَّعَةِ عَلَى قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، يَخْرُجُ مِنْ حَزْ أَوْ ثُقُبٍ إِلَى سَاقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَإِذَا حَصَلَ فِي سَاقِيَتِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِيَ بِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ، وَقَدَّمَهُ أَيْضًا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، فِي بَابِ الْقِسْمَةِ . وَيَأْتِي بَعْضُ ذَلِكَ مَصْرُوحًا بِهِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْقِسْمَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ . انْتَهَى . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ أَنْ

(١) فِي م : « لِمُصَاحِبِهِ » .

(٢) فِي م : « لِأَنَّ » .

يَمْلِكُ مِنَ النَّهْرِ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، فَيُؤْخَذُ خَشْبَةً ، أَوْ حَجَرٌ مُسْتَوٍ الطَّرْفَيْنِ
وَالْوَسَطِ فَيُوضَعُ عَلَى مَوْضِعِ مُسْتَوٍ مِنَ الْأَرْضِ فِي مَصْدَمِ الْمَاءِ ، فِيهِ حَزُورٌ
أَوْ ثُقُوبٌ مُتَسَاوِيَةٌ فِي السَّعَةِ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ يَخْرُجُ^(١) مِنْ كُلِّ^(٢) حَزٍّ أَوْ
ثُقْبٍ^(٣) إِلَى^(٤) سَاقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ فِي سَاقِيَتِهِ ،
انْفَرَدَ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ أَمْلَاكُهُمْ مُخْتَلِفَةً ، قُسِمَ عَلَى قَدْرِ ذَلِكَ ، فَإِذَا كَانَ
لأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ ، وَلِلثَّانِي ثُلُثُهُ ، وَلِلثَّالِثِ سُدُسُهُ ، جُعِلَ فِيهِ سِتَّةُ ثُقُوبٍ ؛
لصَاحِبِ التَّصْرِيفِ ثَلَاثَةُ نُصُبٍ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَلصَاحِبِ الثُّلُثِ اثْنَانِ ،
وَلصَاحِبِ السُّدُسِ وَاحِدٌ . فَإِنْ كَانَ لَوَاحِدٍ الْخُمْسَانِ ، وَالبَاقِي لاثْنَيْنِ
عَلَى السَّوَاءِ ، جُعِلَ عَشْرَةُ ثُقُوبٍ ؛ لَصَاحِبِ الْخُمُسَيْنِ أَرْبَعَةُ نُصُبٍ فِي
سَاقِيَتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةٌ . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةٍ ، لَخَمْسَةِ
مِنْهُمْ أَرْضٍ [١٧٢/٥ ط] قَرْيَةٍ^(٤) مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلَخَمْسَةِ أَرْضٍ بَعِيدَةٍ ،
جُعِلَ لِأَصْحَابِ الْقَرْيَةِ خَمْسَةُ ثُقُوبٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُقْبٌ ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ
خَمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً

[٢٢٧/٢] يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ الْمُخْتَصَّصَةِ بِهِ بِمَا أَحَبَّ ؛ مِنْ عَمَلٍ رَحَى عَلَيْهَا ، أَوْ
دُولَابٍ ، أَوْ عَبَّارَةٍ ؛ وَهِيَ خَشْبَةٌ تَمُدُّ عَلَى طَرِيقِ النَّهْرِ ، أَوْ قُنْطَرَةٌ يَغْبُرُ الْمَاءُ فِيهَا ،
وغير ذلك مِنَ التَّصَرُّفَاتِ . فَأَمَّا النَّهْرُ الْمُشْتَرَكُ ؛ فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) في ر ١ : « خرق أو ثقب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « الريّة » .

أُخْرَى . فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةٍ غَيْرِهِ لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يَجْزُ بِغَيْرِ رِضَاهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَيَخْرُبُ حَاقَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَخْلِطُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الْأُسْبُقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَتِهِ ^(١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا رَسْمٌ شُرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِي بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شُرِبَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّ لَهَا قِسْمًا مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ ^(٢) سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لِذَلِكَ ، فَيَسْتَضِرُّ الشُّرَكَاءُ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، وَدَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مُلَاصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الْأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِطْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الدَّارَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مَاءٌ انْفَرَدَ بِاسْتِحْقَاقِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ مِنْهُ مَا شَاءَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ مِنْ أَصْلِهِ . وَلَا نُسَلِّمُ مَا ذَكَرَهُ

فِيهِ بَشْيءٌ مِنْ ذَلِكَ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : هَلْ لَهُ أَنْ يَنْصِيبَ عَبْرَةً يَجْرِي الْمَاءُ فِيهَا

(١) فِي م : « سَاقِيَةٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « حَصَلَ » .

فِي الدَّارَيْنِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ كُلَّ دَارٍ يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَى دَرْبٍ مُشْتَرَكٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِكُلِّ دَارٍ سُكَّانًا ، فَيَجْعَلُ لِسُكَّانِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا اسْتِطْرَاقًا إِلَى دَرْبٍ غَيْرٍ نَافِذٍ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ فِي اسْتِطْرَاقِهِ ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَسْقَى مِنْ سَاقِيَّتِهِ الْمُفْرَدَةِ الَّتِي لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا ، فَلَوْ صَارَ لِتِلْكَ الْأَرْضِ رَسْمٌ مِنَ الشُّرْبِ مِنْ سَاقِيَّتِهِ لَمْ يَتَضَرَّرْ بِذَلِكَ أَحَدٌ . وَلَوْ كَانَ يَسْقَى مِنْ هَذَا النَّهْرِ دُولَابٌ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَسْقَى بِذَلِكَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشُّرْبِ مِنْ ذَلِكَ النَّهْرِ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ كَانَ الدُّولَابُ يَعْرِفُ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، جَازَ أَنْ يَسْقَى بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشُّرْبِ مِنْهُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . فَإِنْ ضَاقَ الْمَاءُ ، قُدِّمَ الْأَسْبَقُ [١٧٣/٥] فَلَا أَسْبَقُ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي سَاقِيَّتِهِ الْمُخْتَصَّةِ بِهِ بِمَا أَحَبَّ مِنْ إِجْرَاءٍ ^(١) غَيْرِ هَذَا الْمَاءِ فِيهَا ، أَوْ عَمَلٍ رَحَى عَلَيْهَا ، أَوْ دُولَابٍ ، أَوْ عَبَّارَةٍ ، وَهِيَ خَشْبَةٌ تُمَدُّ عَلَى طَرَفِي النَّهْرِ ، أَوْ قَنْطَرَةٌ يَغْبُرُ فِيهَا الْمَاءُ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَلَا حَقَّ فِيهَا لِغَيْرِهِ . فَأَمَّا النَّهْرُ الْمُشْتَرَكُ ، فَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفٌ فِي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ ، أَوْ فِي حَرِيمِهِ بَغَيْرِ إِذْنِ شُرَكَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْعَبَّارَةِ : هَذَا يَنْبَغِي عَلَى الرَّوَائِثَيْنِ فِي مَنْ أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ .

مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . نَصٌّ عَلَيْهِمَا فِي مَنْ أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لِيَسْقَى زَرْعَهُ ، وَكَانَ بِهِ حَاجَةٌ إِلَيْهِ ، هَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . زَادَ ابْنُ عَقِيلٍ ،

(١) بعده في م : ماء .

والصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ هَهُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ إِجْرَاءَ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ يَنْفَعُ صَاحِبَهَا ، لِأَنَّهُ يَسْقَى غُرُوقَ شَجَرِهِ ، وَيَشْرِبُهُ أَوْلَاوًا وَآخَرًا . وَهَذَا لَا يَنْفَعُ النَّهْرَ ، بَلْ رُبَّمَا أَفْسَدَ حَافَتَيْهِ ، وَلَا يَسْقَى لَهُ شَيْئًا . وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ النَّهْرِ قِسْمَهُ شَيْئًا يَسْقَى بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ، أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرُهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يُجْزَ ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْخَاصِّ فِي نَهْرِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رُبَّمَا احتَاجَ إِلَى تَصَرُّفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لغيرِهِ ، أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى أَرْضِ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ، كَالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَايَاةِ ، جَازٌ ، إِذَا تَرَاضَوْا بِهِ وَكَانَ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا الْوَاحِدَ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى الزَّوَالِ ، وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، جَازٌ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكَّنَ ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جَازٌ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ، فَأَرَادَ أَنْ يَسْقَى بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمُ شَرْبٍ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤَثِّرَ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يُقْرِضَهُ إِيَّاهُ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازٌ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا

الأصحُّ الْمَنْعُ . وَكَذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ هُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ .

الشرح الكبير

تَقَدَّمَ . وإن أراد صاحبُ التَّوْبَةِ أَنْ يُجْرِيَ ^(١) مع مائه ماءً له آخَرَ ، يَسْقَى به أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمُ شُرْبٍ مِنَ النَّهْرِ ^(٢) ، أَوْ أَرْضًا لَهُ أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَهُ إِنْسَانٌ ^(٣) أَنْ يُجْرِيَ لَهُ ماءً مع مائه في هذا النَّهْرِ لِيُقَاسِمَهُ [١٧٣/٥ ط] إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَخْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي نَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِذَلِكَ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَنَبْعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مِثْلَ أَنْ اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِنْبَاطِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ، لِأَنَّ ذَلِكَ إِحْيَاءٌ لَهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا وَفِي سَاقِيتِهَا عَلَى حَسَبِ مَا أَنْفَقُوا عَلَيْهَا وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي النَّهْرِ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ثُمَّ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ بُسْتَانَهُ صَيْدٌ ، وَهَهُنَا يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ^(٤) . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشُرْبِهِ وَوُضُوئِهِ وَغُسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَتَنَفَّعَ بِهِ فِي أَشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوِّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَحِلُّ ^(٥)

الإنصاف

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « لَهْ مَاءٌ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) انْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي : ٧٨/١١ .

(٤) فِي م : « يَحْصِلُ » .

لصاحبه المَنع من ذلك ؛ لِما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رواه البخاري^(١) . وعن بُهَيْسَةَ ، عن أبيها ، أَنَّهُ قال : يا نَبِيَّ اللَّهِ ، ما الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قال : « الْمَاءُ » . قال : يا نَبِيَّ اللَّهِ ، ما الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قال : « الْمِلْحُ » . قال : يا نَبِيَّ اللَّهِ ، ما الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قال : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ » . رواه أَبُو داود^(٢) . وَلأنَّ ذلك لا يُؤَثِّرُ في العادَةِ ، وهو فاضِلٌ عن حاجَةِ صاحِبِ النَّهْرِ . وأما ما يُؤَثِّرُ ، كسَقْيِ الماشِيَةِ الكَثِيرَةِ ، فَإِنْ فَضَّلَ عن حاجَتِهِ ، لَزِمَهُ بَذْلُهُ ، وإلَّا لم يَلْزَمْهُ ، وقد ذَكَرْناه .

فصل : إذا كان النَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بينَ جَماعَةٍ ، فأرادُوا الإِكْرَاءَ ، أو سَدَّ شِقِّ^(٣) فيه ، أو إِصْلاحَ حائِطِهِ ، أو شَيْءٍ مِنْهُ ، كان ذلك عَلَيْهِم على حَسَبِ مِلْكِهِمْ فيه ، فَإِنْ كانَ بَعْضُهُمْ أَذْنَى إلى أَوَّلِهِ مِنْ بَعْضٍ ، اشْتَرَكَ الكلُّ في إِصْلاحِهِ وإِكْرائِهِ ، إلى أَنْ يَصِلُوا إلى الأَوَّلِ ، ثم لا شَيْءَ على الأَوَّلِ ، وَيَشْتَرِكُ الباقُونَ حتَّى يَصِلُوا إلى الثَّانِي ، ثم يَشْتَرِكُ مَنْ بَعْدَهُ كَذَلِكَ ، كُلَّمَا انْتَهَى الْعَمَلُ إلى مَوْضِعٍ واحِدٍ مِنْهُمْ ، لم يَكُنْ عَلَيْهِ فيما بَعْدَهُ [١٧٤/٥]

(١) في : باب لَيْمٍ من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٥/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . وابن ماجه ، في :
باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٤/٢ .
(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٠٠ .
(٣) في م : « بنتى » .

وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُحْيِيَ أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ ، تَرَعَى فِيهَا دَوَابُّ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . وَلَيْسَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ .

الشرح الكبير

شئٌ . وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ فِي إِكْرَائِهِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ مَا جَاوَزَ الْأَوَّلَ مَصَبُّ لَمَائِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْقِ أَرْضَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بِالْمَاءِ الَّذِي فِي مَوْضِعِ شُرْبِهِ ، وَمَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بِالْإِنْتِفَاعِ ^(١) مِنْ دُونِهِ ، فَلَا يُشَارِكُهُمْ فِي مُؤَنَّتِهِ ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُمْ فِي نَفْعِهِ . فَإِنْ كَانَ يُفْضَلُ عَنْ جَمِيعِهِمْ مِنْهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مَصْرَفٍ ، فَمُؤَنَّتُهُ عَلَى جَمِيعِهِمْ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمْ فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَكَانَتْ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ ، كَأَوَّلِهِ .

٢٤٨٨ - مسألة : (وَلِلْإِمَامِ أَنْ) يُحْيِيَ (أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ ، تَرَعَى فِيهَا دَوَابُّ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا ، مَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ) وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ (لِغَيْرِهِ) مَعْنَى الْحِمَى ، أَنْ يُحْيِيَ أَرْضًا ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَعَى حَشِيشِهَا ، لِيَخْتَصَّ بِهَا . وَكَانَتْ الْعَرَبُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَعْرِفُ ذَلِكَ ، فَكَانَ مِنْهُمْ مَنْ إِذَا انْتَجَعَ بَلَدًا أَقَامَ كَلْبًا عَلَى نَشْرِ ، ثُمَّ اسْتَعْوَاهُ ، وَوَقَفَ لَهُ مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ بِالْعَوَاءِ ، فَحَيْثُ انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ ، وَيَرَعَى مَعَ النَّاسِ فِيمَا سِوَاهُ . فَتَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ ؛ لِمَا

الإنصاف

(١) بعده في م : « به » .

فِيهِ مِنَ التَّضْيِيقِ عَلَى النَّاسِ وَمَنْعِهِمْ مِنَ الِاتِّفَاعِ بِشَيْءٍ لَهُمْ فِيهِ حَقٌّ ، فَرَوَى الصَّغْبُ بْنُ جَثَامَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ ؛ فِي الْمَاءِ ، وَالنَّارِ ، وَالْكَلَاءِ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ ^(٢) . فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ أَنْ يَحِمِيَ سِوَى الْأَئِمَّةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . فَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَقَدْ كَانَ لَهُ أَنْ يَحِمِيَ لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِقَوْلِهِ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . وَلَمْ يَحْمِ لِنَفْسِهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا حَمَى لِلْمُسْلِمِينَ ، فَرَوَى ابْنُ عُثْمَرَ ، قَالَ : حَمَى النَّبِيُّ ﷺ النَّقِيعَ لَخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ^(٣) . وَالنَّقِيعُ ، بِالثُّونِ : مَوْضِعٌ يُنْتَقَعُ فِيهِ الْمَاءُ ، فَيَكْثُرُ فِيهِ الْخَضْبُ ؛ لِمَكَانِ الْمَاءِ الَّذِي يَصِيرُ فِيهِ . وَأَمَّا سَائِرُ أَيْمَةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا لِأَنْفُسِهِمْ شَيْئًا ، وَلَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا مَوَاضِعَ لَتَرْغَى فِيهَا خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ ، وَنَعْمُ الْجَزْيَةِ ، وَلِإِبْلِ الصَّدَقَةِ ، وَضَوَالِ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ الْإِمَامُ بِحِفْظِهَا ، وَمَا شِئَةُ الضَّعِيفِ مِنَ النَّاسِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَضِيرُّ بِهِ مَنْ [١٧٤/٥ ظ] سِوَاهُ مِنَ النَّاسِ . وَبِهَذَا

(١) في : باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .
كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدار بيتون ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧٣ ، ٧١ .
(٢) تقدم تخريجه في ٨٠/١١ .
(٣) في : باب حمى الأرض ذات الكلاء والماء . الأموال ٢٩٨ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي في صحيح قَوْلِهِ . وقال في الآخر : الشرح الكبير
 ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي ؛ لقَوْلِهِ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » .
 وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ حَمِيَا ، واشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ ، فلم
 يُتَكْرَرْ عليهما ، فكان إجماعًا ، فروى أبو عُبَيْدٍ ^(١) ، بإسناده ، عن عَامِرِ
 ابنِ عبدِ اللَّهِ بنِ الزُّبَيْرِ ، أَحْسَبُهُ عَنْ أَبِيهِ ، قال : أتى أَعْرَابِيٌّ عُمَرَ ، فقال :
 يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، بَلَدُنَا قَاتَلْنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا فِي
 الْإِسْلَامِ ، عَلَامَ تَحْمِيهَا ؟ قال : فَأَطْرَقَ عُمَرُ ، وَجَعَلَ يَنْفُخُ وَيَفْتِلُ شَارِبَهُ
 وَكَانَ إِذَا كَرَبَهُ أَمْرٌ قَتَلَ شَارِبَهُ ، وَنَفَخَ . فَلَمَّا رَأَى الْأَعْرَابِيُّ مَا بِهِ جَعَلَ يُرَدِّدُ
 ذَلِكَ ، فَقَالَ عُمَرُ : الْمَالُ مَالُ اللَّهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ ، وَاللَّهُ لَوْلَا مَا أُحْمِلُ
 عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ مِنَ الْأَرْضِ شِبْرًا فِي شِبْرٍ . قال مالك : بَلَّغَنِي
 أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفًا مِنَ الظَّهْرِ . وعن أسلم قال :
 سَمِعْتُ عُمَرَ يَقُولُ لِهَنْئٍ حِينَ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى حِمَى الرَّبَذَةِ ^(٢) : يَا هَنْئُ ،
 اضْمُمْ جَنَاحَكَ عَنِ النَّاسِ ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا مُجَابَةٌ ، وَأَدْخِلْ
 رَبَّ الصَّرِيمَةِ وَالْعَنِيمَةِ ، وَدَعْنِي مِنْ نَعَمِ ابْنِ عَوْفٍ وَنَعَمِ ابْنِ عَفَّانَ ،
 فَإِنَّهُمَا إِنْ هَلَكَتْ مَا شِئْتُهُمَا رَجَعَا إِلَى نَخْلٍ وَزَرْعٍ ، وَإِنَّ هَذَا الْمُسْكِينَ
 إِنْ هَلَكَتْ مَا شِئْتُهُ جَاءَ يَصْرُخُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَالْكَلَاءُ أَهْوَنُ عَلَى أُمِّ
 غُرْمِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، إِنَّهَا أَرْضُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا

(١) في : الأموال ٢٩٩ .

(٢) الربذة : موضع قرب المدينة .

المقنع وَمَا حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ .

الشرح الكبير

في الإسلام ، وإنَّهُمْ لَيَرْوُنَ أَنَا نَظْلُهُمْ ، ولولا النَّعْمُ التي نَحْمِلُ عليها في سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ عَلَى النَّاسِ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئاً أَبَداً^(١) . وهذا إجماعٌ منهم . ولأنَّ ما كان لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، قَامَتِ الْأُيُتَةُ فِيهِ مَقَامَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؛ فَقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا^(٢) جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ »^(٣) . وَالْخَبَرُ مَخْصُوصٌ . وَمَا حَمَاهُ لِنَفْسِهِ يُفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ صَلَاحَهُ يَعُودُ إِلَى صَلَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَالَهُ كَانَ يَرُدُّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ . وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا إِلَّا قَدَرًا لَا يُضَيِّقُ عَلَى^(٤) الْمُسْلِمِينَ وَيُضَرُّ بِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جَازَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ لِمَا يَخِمِي ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ إِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى أَكْثَرِ النَّاسِ .

٢٤٨٩ - مسألة : (وما حماه النبي ﷺ فليس [١٧٥/٥] لأحدٍ نقضه) ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه ؛ لأنَّ ما حكَّم به النبي ﷺ نصٌّ

الإنصاف

قوله : وما حماه النبي ﷺ ، فليس لأحدٍ نقضه . بلا نزاع . وسواء كان النبي ﷺ^(٥) ، حماه لنفسه أو لغيره ، وهذا مع^(٥) بقاء الحاجة إليه ، ومن أحيا

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ... إلخ ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ٨٧/٤ .

(٢) في م : « لا » .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٤) في م : « عن » .

(٥) سقط من : الأصل .

وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .
المقنع

الشرح الكبير
لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ بِالْاجْتِهَادِ . وَمَنْ أَحْيَاهُ مِنْ شَيْءٍ لَمْ يَمْلِكْهُ . وَإِنْ زَالَتِ الْحَاجَةُ
إِلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . فَأَمَّا
(مَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ) فَغَيْرُهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ ، جَاز . وَإِنْ
أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ، مَلَكُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حِمَى الْأُئِمَّةِ اجْتِهَادٌ ، وَمِلْكُ
الْأَرْضِ بِالْإِحْيَاءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدِّمُ عَلَى الْاجْتِهَادِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا
يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ اجْتِهَادَ الْإِمَامِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ .
وَالأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْجَهْلِيَّاتِ فِي حِمَاهُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلِهَذَا
مَلَكَ الْحَامِي نَقْضَهُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَّرْنَا .

الإنصاف
مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، لَكِنْ لَوْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ
الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،
وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » . وَقِيلَ : يَجُوزُ نَقْضُهُ . وَالْحَالَةُ هَذِهِ .

قوله : وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيِ »
الصَّغِيرِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ نَقْضُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي
« التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي تَذْكِرَتِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا
يَجُوزُ نَقْضُهُ . فَعَلِيَ هَذَا الْوَجْهُ ، يَمْلِكُهُ مُخَيِّبُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ . صَحَّحَهُ فِي

« الفائق » . وجزم به في « الكافي » . (قال الشارح : وهو أولي^(١) . وقيل : لا يملكه . وأطلقهما « في » المعنى ، و « المُحرَّر »^(٢) ، و « الفروع » ، و « الرعاية » . قال في « الفروع » : ويتوجه في بعض الإطلاقات الخلاف ونقل حرب ، القطائع جائزة ، وأنكر شديدًا قول مالك : لا بأس بقطائع الأمراء . وقال : يزعم أنه لا بأس بقطائعهم . وقال في رواية يعقوب : قطائع الشام ، والجزيرة ، من المكروهة ، كانت لبنى أمية ، فأخذها هؤلاء . ونقل محمد بن داود^(٣) ، ما أدرى ما هذه القطائع ؟ يُخرجنونها ممن شاعوا . قال أبو بكر : لأنه يملكها من أقطعها ، فكيف تخرج منه ؟

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) محمد بن داود بن صبيح المصيصي ، أبو جعفر ، كان من خواص أصحاب الإمام أحمد ورؤسائهم ، وكان يكرمه ويحدثه بأشياء لا يحدث بها غيره . وحدث عن الإمام بمسائل كثيرة مصنفة على نحو مسائل الأثرم . انظر : طبقات الخنابلة ١/٢٩٦ ، ٢٩٧ ، تهذيب التهذيب ٩/١٥٤ .

بَابُ الْجَعَالَةِ

الشرح الكبير

بَابُ الْجَعَالَةِ^(١)

الْجَعَالَةُ أَنْ يَجْعَلَ جُعْلًا مِنْ رَدِّ آيَةٍ أَوْ ضَالَّةٍ ، أَوْ بِنَاءٍ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ثَوْبٍ ، وَسَائِرٍ مَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ أُمِّي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(٢) . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَتَوْا حَيًّا مِنْ أَهْلِ الْعَرَبِ ، فَلَمْ يَقْرُؤْهُمْ ، فَبَيْنَا هُمْ كَذَلِكَ إِذْ لَدَغَ سَيْدٌ أَوْلَئِكَ ، فَقَالُوا : هَلْ فِيكُمْ رَاقٍ ؟ فَقَالُوا : لَمْ نَقْرُؤْهَا ، فَلَا نَفْعَلُ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا . فَجَعَلُوا لَهُمْ قَطِيعَ شِبَاهٍ ، فَجَعَلَ رَجُلٌ مِنْهُمْ يَقْرَأُ بِأَمْرِ الْقُرْآنِ ، وَيَجْمَعُ بُزَاقَهُ وَيَتْفُلُ ، فَبَرَأَ الرَّجُلُ ، فَأَتَوْهُمْ بِالشَّاءِ . فَقَالُوا : لَا نَأْخُذْهَا حَتَّى نَسْأَلَ عَنْهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَسَأَلُوا النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « وَمَا أَذْرَاكَ أَنْهَا رُقِيَّةٌ ؟ خُذُوهَا ، وَاضْرِبُوا إِلَيَّ مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٣) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الْعَمَلَ قَدْ يَكُونُ مَجْهُولًا ، كَرَدِّ الضَّالَّةِ وَالْآيَةِ ، فَلَا تَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، وَقَدْ

الإنصاف

بَابُ الْجَعَالَةِ

(١) سقط هذا الباب من المطبوعة .

(٢) سورة يوسف ٧٢ .

(٣) تقدم تخريجه في ٣٨١/١٤ .

وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لَقَطَيْتِي ، أَوْ بَنَى لِي
هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا .

لَا يَجِدُ مَنْ يَتَبَرَّعُ بِهِ ، فَدَعَتْ الْحَاجَةَ إِلَى بَذْلِ الْعِوضِ فِيهِ مَعَ جَهَالَةِ
الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِجَارَةَ لَمَّا
كَانَتْ لَازِمَةً ، افْتَقَرَتْ إِلَى تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، وَالْعُقُودُ الْجَائِزَةُ كَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ
لَا يَجِبُ [١٧٥/٥ ط] تَقْدِيرُ مُدَّتِهَا ، لِأَنَّ الْجَائِزَةَ ^(١) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
تَرَكُّهَا ، فَلَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يُلْزَمَ مَجْهُولٌ ، بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ .

٢٤٩٠ - مسألة : (وهي أن يقول : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لَقَطَيْتِي ،
أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا) فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا ،
لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ .

فائدة : قوله ، وهي أن يقول : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لَقَطَيْتِي ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا
الحائط ، فَلَهُ كَذَا . قال في « الرُّعَايَةِ » : وهي أن يجعلَ زَيْدٌ شَيْئًا مَعْلُومًا لِمَنْ يَعْمَلُ
لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، أَوْ مَجْهُولًا مُدَّةً مَجْهُولَةً . قال الحارثي : وهي في اصطلاح
الفُقهاء ، جَعَلَ الشَّيْءَ مِنَ الْمَالِ لِمَنْ يَفْعَلُ أَمْرًا كَذَا . قال : وهذا أَعْمُ مِمَّا قَالَ
الْمُصَنِّفُ ؛ لِتَنَاوُلِهِ الْفَاعِلَ الْمُتَبَهَّمِ وَالْمُعَيَّنِ ، وَمَا قَالَ لَا يَتَنَاوَلُ الْمُعَيَّنَ . انتهى .
قلت : لِكِنَّهُ يَدْخُلُ بِطَرِيقِ أَوَّلَى .

تنبيه : قوله : مَنْ رَدَّ عَبْدِي . يَقْتَضِي صِحَّةَ الْعَقْدِ فِي رَدِّ الْآبِقِ . وَسَيَأْتِي آخِرَ
الباب ، أَنَّ لَرَدِّ الْآبِقِ جُعْلًا مُقَدَّرًا بِالشَّرْعِ . فَالْمُسْتَفَادُ إِذْنُ بِالْعَقْدِ ، مَازَادَ عَلَى

(١) سقط من : الأصل .

فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ اسْتَحَقَّهُ .

٢٤٩١ - مسألة : (فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ ، اسْتَحَقَّهُ) لِمَا

المُقَدَّرُ الْمَشْرُوعُ . فوجودُ الْجَعَالَةِ يُوجِبُ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُقَدَّرِ وَالْمَشْرُوطِ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ . ^(١) وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا مَا شَرَطَهُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ دِينَارٍ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ^(٢) .

فائدة : الْجَعَالَةُ نَوْعٌ لِإِجَارَةٍ ؛ لَوْ قُوعِ الْعَوَضِ فِي مُقَابَلَةِ مَنْفَعَةٍ ، وَلَئِنَّمَا تُمَيِّزُ بِكَوْنِ الْفَاعِلِ لَا يَلْتَزِمُ الْفِعْلُ ، وَبِكَوْنِ الْعَقْدِ قَدْ يَقَعُ مَبْهُمَاً لَا مَعَ مُعَيَّنٍ ، وَيَجُوزُ فِي الْجَعَالَةِ الْجَمْعُ بَيْنَ تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ وَالْعَمَلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا . كَالِإِجَارَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الْإِجَارَةِ أَيْضًا .

قوله : فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ ، اسْتَحَقَّهُ . بِلَا نِزَاعٍ . فَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً ، فَهُوَ بَيْنَهُمُ بِالسُّوِّيَّةِ . وَإِنْ بَلَغَهُ فِي أَثْنَائِهِ ، اسْتَحَقَّ بِالْقِسْطِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجُعْلُ ، كَانَ لَهُ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَإِلَّا قِيَمَتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِذَا عَيَّنَّ عَوَضًا ، مَلَكَهُ بِفَرَاغِ الْعَمَلِ ، فَلَوْ تَلَفَ ، فَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ .

فائدة : لَوْ رَدَّهُ مِنْ نِصْفِ الطَّرِيقِ الْمُعَيَّنَةِ ، أَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي . فَرَدُّ أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الْجُعْلِ ، ^(١) وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ ثُلُثِ الطَّرِيقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلُثَ ، وَمِنْ ثُلَاثِي الطَّرِيقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلُثَيْنِ . فَيَسْتَحِقُّ ، إِذَا رَدَّهُ مِنْ أَقْرَبِ مِنَ الْمَوْضِعِ الَّذِي عَيَّنَّهُ ، بِالْقِسْطِ ^(٢) ، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ مَسَافَةٍ أَبْعَدَ مِنَ الْمُعَيَّنَةِ ، فَلَهُ الْمُسَمَّى لَا غَيْرُ . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَتَبِعَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ .

الشرح الكبير

ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَةِ وَحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ . وَلِأَنَّهُ عِوَضٌ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ ، فَلَا يُسْتَحَقُّهُ مَنْ لَمْ يَعْمَلْ ، كَالْأَجْرَةِ فِي الْإِجَارَةِ .

٢٤٩٢ - مسألة : (وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْجُعْلَ لَوَاحِدٍ بَعَيْنِهِ ، فَيَقُولَ : إِنْ رَدَدْتَ عَبْدِي ، فَلَكَ دِينَارٌ . فَلَا يُسْتَحَقُّ الْجُعْلُ مَنْ رَدَّهُ سِوَاهُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَهُ لْغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَيَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَمَنْ رَدَّهُ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهِ شَيْئًا مَعْلُومًا ، وَلَا آخَرَ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَقَلَّ . وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْمُعَيَّنِ عِوَضًا ، وَلِسَائِرِ النَّاسِ عِوَضًا آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَجْرُ^(١) فِي الْإِجَارَةِ مُخْتَلِفًا مَعَ التَّسَاوِي فِي الْعَمَلِ ، فَهِيَ أَوْلَى . فَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ لَقَطَعْتِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهَا ثَلَاثَةً ، فَلَهُمُ الدِّينَارُ بَيْنَهُمْ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعِوَضُ ، فَاشْتَرَكُوا فِي الْعِوَضِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ هَذَا النَّقْبَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَدَخَلَهُ جَمَاعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِينَارًا كَامِلًا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ هَهُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخُولًا كَامِلًا ، كَدُخُولِ الْمُتَفَرِّدِ ، فَاسْتَحَقَّ الْعِوَضَ كَامِلًا ، وَهَهُنَا لَمْ يَرُدَّهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ كَامِلًا ، إِنَّمَا اشْتَرَكُوا فِيهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي عِوَضِهِ . فَتَنْظِيرُ مَسْأَلَةِ الدُّخُولِ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَبْدًا .

الإِنصَاف

(١) سقط من : الأصل .

وَنَظِيرُ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ نَقَبَ السُّورَ فَلَهُ دِينَارٌ . فَتَقَبَ ثَلَاثَةٌ نَقَبًا وَاحِدًا ، فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهَا دِينَارًا ، وَلَا آخَرَ دِينَارَيْنِ ، وَلِثَالِثٍ ثَلَاثَةٌ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جَعَلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْمُسَمَّى . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ دِينَارًا ، وَلَا آخَرَيْنِ عِوَضًا مَجْهُولًا ، فَرَدُّهُ مَعًا ، فَلصاحب الدينار ثلثه ، وللاخرين أجر عملهما . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ شَيْئًا فِي رَدِّهَا ، فَرَدَّهَا هُوَ وَآخَرَانِ مَعَهُ^(١) ، وَقَالُوا : رَدَدْنَاهَا مُعَاوَنَةً لَهُ . اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْجُعْلِ ، وَلَا شَيْءَ لهما . وَإِنْ [١٧٦/٥] قَالَا : رَدَدْنَاهُ لِنَأْخُذَ الْعِوَضَ لِنَفْسِنَا . فَلَا شَيْءَ لهما ، وَلَهُ ثُلُثُ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْجُعْلِ ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْآخَرَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا عَمِلَا مِنْ غَيْرِ جُعْلٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ بَلَدٍ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ مِنْ نِصْفِ طَرِيقِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ أَحَدُهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدِ عَبْدَيْهِ شَيْئًا^(١) مُعِينًا فَرَدَّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحَقَّ شَيْئًا ؛

(١) سقط من : الأصل .

وَمَنْ فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحِقَّهُ ، سَوَاءَ رَدَّهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ
أَوْ بَعْدَهُ .

لأنه شرط الجعل برده ، ولم يرده . وكذلك لو مات . كما لو استأجر
لخياطة ثوب ، فخطاه ولم يسلمه حتى تلف ، لم يستحق أجره . فإن قيل :
فإن كان الجاعل قد قال : مَنْ وَجَدَ لُقْطَتِي فَلَهُ دِينَارٌ . فقد وجد الوجدان ؟
قلنا : قرينة الحال تدل على اشتراط الرد إذ المقصود الرد لا الوجدان
المجرد ، وإنما اكتفى بذكر الوجدان ؛ لأنه سبب الرد ، فصار كأنه
قال : مَنْ وَجَدَ لُقْطَتِي فَرَدَّهَا عَلَيَّ فَلَهُ دِينَارٌ .

٢٤٩٣ - مسألة : (وإن فعله قبل ذلك لم يستحقه ، سواء رده قبل
بلوغه الجعل أو بعده) إذا التقط لقطه قبل أن يبلغه الجعل ، لم يستحق
الجعل ؛ لأنه التقطها بغير عوض ، وعمل في مال غيره بغير جعل
جعل^(١) له ، فلم يستحق شيئا ، كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا .
وفارق الملتقط بعد بلوغ الجعل ، فإنه إنما بذل منفعه بعوض جعل
له ، فاستحقه ، كالأجير إذ عمل بعد العقد . وسواء كان التقاطه لها بعد
الجعل أو قبله ؛ لما ذكرناه . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ لأن الرد
واجب عليه من غير عوض ، فلم يجوز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر
الواجبات ، وسواء ردها قبل العلم بالجعل أو بعده ؛ لذلك ، وإنما يأخذ
الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضا عن الالتقاط المباح .

(١) سقط من الأصل .

وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ الْمَقْنَعُ مَعْلُومًا .

٢٤٩٤ - مسألة : (وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا) لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، فَجَازٌ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ فِيهَا [١٧٦/٥ ظ] مَجْهُولًا وَالْمُدَّةُ مَجْهُولَةً ، كَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ ، وَلِأَنَّ الْجَائِزَةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسَخُهَا ، فَلَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يُلْزَمَهُ مَجْهُولٌ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، وَكَذَلِكَ الْمُدَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الصَّالَةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى جَهَالَةِ الْعَوَضِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَصِيرُ لَازِمًا ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعَوَضُ يَصِيرُ لَازِمًا بِإِتْمَامِ الْعَمَلِ ، فَاشْتَرَطَ الْعِلْمُ بِهِ . قَالَ

قوله : وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا . الْإِنْصَافُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا ، كَالْأُجْرَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ ، إِذَا كَانَ الْجَهْلُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقَ ، فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي ، فَلَهُ ثُلُثُهَا . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بَعَشْرَةَ رُغُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازٌ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَدُّهُ [٢٢٧/٢ ظ] عَلَى قَلْعَةٍ أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، كَجَارِيَةٍ بَعَيْنِهَا ، جَازٌ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . انْتَهَى . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : يُشْتَرَطُ كَوْنُ

(١) انظر المغنى ٣٢٤/٨ .

شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ ، إِذَا كَانَتْ جَهَالَةً لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقَ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْغَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ أَرْوُسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَدُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، كَجَارِيَةٍ يُعَيِّنُهَا^(٢) الْعَامِلُ . جَازَ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجَعَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجَهًا وَاحِدًا . فَعَلَى هَذَا ، يَسْتَحِقُّ الْعَامِلُ أَجْرَ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ عَمَلًا بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ .

الشرح الكبير

الْجُعْلُ مَعْلُومًا ، فَإِنْ شَرَطَ عَوَضًا مَجْهُولًا فَسَدَ الْعَقْدُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَكَ ثُلُثُ الضَّالَّةِ ، أَوْ رُبُعُهَا . صَحَّ ، عَلَى مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الثَّوْبِ يُنْسَجُ بِثُلْثِهِ . وَالزَّرْعُ يُحْصَدُ ، وَالتَّخْلُ يُضْرَمُ بِسُدْسِهِ ، لَا بِأَسَ بِهِ ، وَفِي الْغَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ أَرْوُسٍ ، فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَعِنْدَ الْمُصَنِّفِ ، لَا يَصِحُّ ، وَلِلْعَامِلِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَجْهًا بِجَوَازِ الْجَهَالَةِ الَّتِي لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، وَنَظَرَ بِمَسْأَلَةِ الثَّلَاثِ ، وَاسْتَشْهَدَ بِنَصِّهِ الَّذِي حَكَمَ فِي الْغَزْوِ ، وَبِمَا إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَدُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا ، كَجَارِيَةٍ يُعَيِّنُهَا لِلْعَامِلِ . قَالَ : فَيُخْرِجُ هُنَا

الإنصاف

(١) في : المغنى ٣٢٤/٨ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وكلُّ ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة ، جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ، وكلُّ ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة إمن الأعمال ، جاز أخذه عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، كالغناء^(١) ، والزمر ، وسائر المحرمات ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله ؛ كالصلاة والصيام ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، فأما ما يتعدى نفعه ؛ كالأذان والحج ، ففيه وجهان ، كالروايتين في الإجارة . ويفارق الإجارة في أنها عقد جائز ، وهي عقد لازم ، وأنه لا يُعتبر العلم بالمدّة ، ولا بمقدار العمل ، ولا يُعتبر وقوع العقد مع واحدٍ مُعيّن ، وقد ذكرناه .

مثله . انتهى .^(٢) وقد قطع في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، مع اشتراطهم أن يكون الجعل معلوماً ، فظاهره ، أن جعل جزءٍ مشاعٍ من الضالّة ، ليس بمجهول^(٣) .

فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم ، لم تصحّ الجعالة ، قولاً واحداً ، ويستحقّ أجره المثل مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . وقيل في ردّ الآبق ، المقدّر شرعاً .^(٤) وكذا إن كانت لا تمنع التسليم . على المذهب ، كما تقدّم ، وله أجره المثل^(٥) .

(١) في ر ٢ : « كالغناء » .

(٢-٢) سقط من : الأصل ، ط .

فصل : فإن كان العمل معلوماً ، مثل أن يقول : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ البَصْرَةِ . أو : بنى لى هذا الحائط . أو : خاط قَمِصِي هذا ، فله كذا . صحَّ ؛ لأنه إذا صحَّ مع الجهالة ، فمع العلم أولى . وإن علَّقه بمُدَّة معلومة ، فقال : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنَ الْعِرَاقِ فِي شَهْرٍ فَلَهُ دِينَارٌ . أو : مَنْ خاط قَمِصِي فِي هَذَا الْيَوْمِ فَلَهُ دِرْهَمٌ . صحَّ ؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا [١٧٧/٥ و] جازت مَجْهُولَةً ، فمع التَّقْدِيرِ أولى . فإن قيل : مثل هذا لا يجوزُ في الإجارة ، في الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، فكيف جازَ في الْجَعَالَةِ ؟ قلنا : الفرقُ بينهما مِنْ وُجُوهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْجَعَالََةَ يَحْتَمِلُ فِيهَا الْعَرَرُ ، وَتَجُوزُ مع جَهَالَةِ الْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ ، بخلافِ الإجارة . الثاني ، أَنَّ الْجَعَالََةَ عَقْدٌ جائِزٌ ، فلا يُلْزَمُ بالدُّخُولِ فِيهَا مع الْعَرَرِ ضَرَرٌ ، بخلافِ الإجارة ، فإنَّهَا عَقْدٌ لازِمٌ ، فإذا دَخَلَ فِيهَا مع الْعَرَرِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ . الثالث ، أَنَّ الإجارةَ إذا قُدِّرَتْ بِمُدَّةٍ ، لَزِمَهُ الْعَمَلُ فِي جَمِيعِهَا ، ولا يُلْزَمُ بَعْدَهَا ، فإذا جَمَعَ بينَ تَقْدِيرِ المُدَّةِ وَالْعَمَلِ فَرُبَّمَا عَمِلَهُ قَبْلَ المُدَّةِ ، فإنَّ قُلْنَا : لا يُلْزَمُهُ . فقد خلا بَعْضُ المُدَّةِ مِنَ الْعَمَلِ ، وإنْ انقَضَتِ المُدَّةُ قَبْلَ عَمَلِهِ ، فَالْزَمْنَاهُ

فائدة : لو قال : مَنْ دَاوَى لى هَذَا حَتَّى يَبْرَأَ مِنْ جُرْحِهِ أَوْ مَرَضِهِ أَوْ رَمَدِهِ ، فله كذا . لم يَصِحَّ مُطْلَقًا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ : تَصِحُّ جَعَالَةٌ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْمُصَنِّفُ . نَقَلَهُ الزَّرْكَاشِيُّ فِي الإجارة . وَقِيلَ : تَصِحُّ إِجَارَةٌ .

وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [١٤٩] فَسَخَّهَا . فَمَتَى
فَسَخَّهَا الْعَامِلُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، وَإِنْ فَسَخَّهَا الْجَاعِلُ بَعْدَ
الشَّرُوعِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ عَمَلِهِ .

إِتْمَامَ الْعَمَلِ (فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها . وإن قلنا :
لا يلزمه العمل^(١) . فما أتى بالمعقود عليه من العمل ، بخلاف مسألتنا ،
فإن العمل الذي يستحق به الجعل عملٌ مُقَيَّدٌ بِمُدَّةٍ ، إن أتى به فيها استحقَّ
الجعل ، ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها ، فلا شيء له .

٢٤٩٥ - مسألة : (وهي عقد جائز ، لكل واحدٍ منهما فسخها .
فمتى فسخها العامل ، لم يستحق شيئاً ، وإن فسخها الجاعل بعد
الشروع ، فعليه للعامل أجره عمله) لا نعلم في ذلك خلافاً . فمتى
فسخها العامل قبل تمام العمل ، لم يستحق شيئاً ؛ لأنه أسقط حق نفسه ،
حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ، ويصير كعامل المضاربة إذا فسخها
قبل ظهور الربح ، وإن فسخها الجاعل قبل الشروع في العمل ، فلا شيء
عليه ، وإن كان بعد التلبس بالعمل ، فعليه للعامل أجر مثله ؛ لأنه عمل
بعوض لم يسلم له . وإن زاد في الجعل أو نقص منه قبل الشروع في
العمل ، جاز ؛ لأنه عقد جائز ، فجازت الزيادة والنقصان قبل العمل ،
كالمضاربة .

المقنع وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ ، أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ .

الشرح الكبير

٢٤٩٦ - مسألة : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ ، أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ) مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَحَالَفا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعَوَضِ ، كَالْأَجِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْرَةِ . فَإِذَا تَحَالَفا ، فُسِخَ الْعَقْدُ ، وَوَجِبَ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْمَسَافَةِ ، فَقَالَ : جَعَلْتُ لَكَ الْجُعْلَ عَلَى رَدِّهَا مِنْ حَلَبَ . قَالَ : بَلْ عَلَى رَدِّهَا مِنْ حِمَصٍ . وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي عَيْنِ الْعَبْدِ الَّذِي يُجْعَلُ الْجُعْلُ فِي رَدِّهِ ، فَقَالَ : رَدَدْتُ [١٧٧/٥ ط] الْعَبْدَ الَّذِي شَرَطْتَ لِيَ الْجُعْلَ فِيهِ . فَأَنْكَرَ الْجَاعِلُ ، وَقَالَ : بَلْ شَرَطْتُهُ فِي الْعَبْدِ الَّذِي لَمْ تَرُدَّهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِشَرْطِهِ ، وَلِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ شَرْطًا فَأَنْكَرَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ أَوْ قَدَرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ . هذا المذهبُ فِي قَدَرِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَتَحَالَفَانِ فِي قَدْرِ الْجُعْلِ ؛ قِيَاسًا عَلَى اخْتِلَافِ الْأَجِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ فِي قَدْرِ الْأَجْرَةِ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ لِلْقَاضِي ، وَتَبَعَهُ مَنْ بَعْدَهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَهُوَ تَخْرِيجُ فِي « الرِّعَايَةِ » . فَعَلِيهِ (١) ، يُفْسَخُ الْعَقْدُ ، وَتَجِبُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ .

(١) فِي ط : « فَلَعَلَهُ » .

وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا فِي رَدِّ الْمُنْعِ
الْآبِقِ ،

٢٤٩٧ - مسألة : (وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا فِي رَدِّ الْآبِقِ) لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعَوَضَ

تنبیه : قال الحارثي في « شرحه » ، في قول المصنف : فالقول قول الجاعل : الإنصاف
تجوّز منه ؛ فإنه ليس بجاعل فيما إذا اختلفا في أصل الجعالة . انتهى . قلت :
(' إِنَّمَا حُكِمَ ') بكونه جاعلاً في المسألتين في الجملة . أمّا في اختلافهم في قدر
الجعل ، فهو جاعل بلا ريب . وأمّا في اختلافهم في أصل الجعل ، فليس بجاعل
بالنسبة إلى نفسه ، وهو جاعل بالنسبة إلى زعم غريمه . فعلى الأول ، يكون من
باب إطلاق اللفظ المتواطئ إذا أريد به بعض محاله ، وهو كثير شائع في
كلامهم ، على ما تقدّم في كتاب الطهارة .

فائدة : وكذا الحكم لو اختلفا في قدر المسافة .

تنبیه : ظاهر قوله : وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . ولو
كان العمل تخليص متاع غيره من فلاة ، ولو كان هلاكه فيه مُحَقَّقًا ، أو قريباً
منه ؛ كالبحر ، وفم السبع ، وهو قول القاضي في « المجرد » ، وله احتمال
بذلك . في غير « المجرد » ، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب . والصحيح
من المذهب المنصوص عن أحمد ، أنه يستحق أجره مثله في ذلك ، بخلاف
اللقطة ، وعليه الأصحاب . وكذلك لو انكسرت السفينة ، فخلّص قوم الأموال
من البحر ، فإنه يجب لهم الأجرة على الملاك . ذكره في « المعنى » ،

مع المعاوضة ، فلا يَسْتَحِقُّ^(١) مع عَدَمِهَا ، كَالْعَمَلِ فِي الْإِجَارَةِ .

الشرح الكبير

و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْحَقُّ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَجَمَاعَةٌ بِذَلِكَ ، الْعَبْدُ إِذَا خَلَّصَهُ مِنْ فَلَائِ مُهْلِكَةٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . ذَكَرَهُ فِي بَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . وَتَقَدَّمَ الْإِشَارَةُ إِلَى ذَلِكَ هُنَاكَ . وَحَكَى الْقَاضِي اخْتِمَالًا فِي الْعَبْدِ ، بَعْدَ الْوُجُوبِ ، كَاللُّقْطَةِ ، وَأُورِدَ فِي « الْمَجَرَّدِ » عَلَى نَصِّ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ خَلَّصَ مِنْ فَمِ السَّبْعِ شَاةً ، أَوْ خَرُوفًا ، أَوْ غَيْرَهُمَا ، أَنَّهُ لِلْمَالِكِ الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُخَلَّصِ . وَقَالَ الْمَجْدُ فِي « مُسَوِّدَتِهِ » : وَعِنْدِي أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ ، عَلَى ظَاهِرِهِ فِي وَجُوبِ الْأَجْرَةِ عَلَى تَخْلِيصِ الْمَتَاعِ مِنَ الْمَهَالِكِ ، دُونَ الْأَدَمِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَدَمِيَّ أَهْلٌ فِي الْجُمْلَةِ لِحِفْظِ نَفْسِهِ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّبْعِينَ »^(٢) : وَفِيهِ نَظَرٌ ، فَقَدْ يَكُونُ صَغِيرًا أَوْ عَاجِزًا ، وَتَخْلِيصُهُ أَهَمُّ وَأَوْلَى مِنَ الْمَتَاعِ ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ تَفْرِقَةٌ . انْتَهَى .

الإنصاف

فَانْدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ تَلَفَ مَا خَلَّصَهُ مِنْ هَلَكَةٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ مُنْقِذُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَضْمَنُهُ . حَكَاهُ فِي « التَّلْخِيصِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَفِيهِ بُعْدٌ . الثَّانِيَةُ ، مَتَى كَانَ الْعَمَلُ فِي مَالِ الْغَيْرِ إِنْقَادًا لَهُ مِنَ التَّلَفِ الْمُشْرِفِ عَلَيْهِ ، كَانَ جَائِزًا ، كَذَبْحِ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ إِذَا خِيفَ مَوْتُهُ . صَرَّحَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي آخِرِ « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّبْعِينَ » [٢٢٨/٢] ، وَقَالَ : وَيَفِيدُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ بِذَبْحِهِ .

(١) بعده في را : « الجعل » .

(٢) في النسخ : « الثمانين » والمثبت كما هو في القواعد .

فَإِنْ لَهُ بِالْشَّرْعِ دِينَارًا أَوْ اثْنَى عَشَرَ دِرْهَمًا .

المقنع

الشرح الكبير

٢٤٩٨ - مسألة : فَأَمَّا رَدُّ الْآبِقِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ بَرَدَهُ وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ لَهُ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ عَنْ

تَنْبِيهِ : مُرَادُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، بِقَوْلِهِمْ : وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . غَيْرُ الْمُعَدِّ لِأَخْذِ الْأَجْرَةِ . فَأَمَّا الْمُعَدُّ لِأَخْذِهَا ، فَلَهُ الْأَجْرَةُ قَطْعًا ؛ كَالْمَلَّاحِ ، وَالْمُكَارِي ، وَالْحَجَّامِ ، وَالْقَصَّارِ ، وَالخَيَّاطِ ، وَالذَّلَّالِ ، وَنَحْوِهِمْ مِمَّنْ يَرْضُدُ نَفْسَهُ لِلتَّكْسِبِ بِالْعَمَلِ ، فَإِذَا عَمِلَ ، اسْتَحَقَّ أَجْرَهُ الْمِثْلَ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَتَقَدَّمَ بَعْضُ ذَلِكَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ .

قوله : إِلَّا فِي رَدِّ الْآبِقِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا شَيْءَ لِرَادِّهِ مِنْ غَيْرِ جَعَالَةٍ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَنَازَعَ الزُّرْكَانِيُّ الْمُصَنِّفَ فِي كَوْنِ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، وَأَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ .

قوله : فَإِنْ لَهُ بِالْشَّرْعِ دِينَارًا ، أَوْ اثْنَى عَشَرَ دِرْهَمًا ^(١) . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَغَيْرِهِمَا : وَسَوَاءٌ كَانَ يُسَاوِيهِمَا أَوْ لَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ زَوْجًا أَوْ ذَا رَجَمٍ فِي عِيَالٍ الْمَالِكِ أَوْ لَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، إِنْ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَعَنْهُ ، إِنَّ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا .

الشرح الكبير

أحمد ، أنه لم يَكُنْ يُوجِبُ ذلك . قال ابنُ مَنْصُورٍ : سُئِلَ أحمد^(١) عن جُعْلِ الْآبِقِ ؟ فقال : لا أدري ، قد تَكَلَّمَ النَّاسُ فِيهِ . لم يَكُنْ عِنْدَهُ فِيهِ حَدِيثٌ صَحِيحٌ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا جُعْلَ لَهُ فِيهِ . وهو ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ فَلَمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أَتَّفَقَ عَلَيْهِ . ولم يَذْكُرْ جُعْلًا . وهذا قولُ النَّخَعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ^(٢) ، وابنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَشْرُطَ لَهُ عَوَضًا ، فلم يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، كَمَا لَوَرَدَّ جَمَلَهُ الشَّارِدَ . ووجهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَمْرُو^(٣) بْنُ دِينَارٍ ، وابنُ أَبِي مُلَيْكَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، إِذَا جَاءَ بِهِ خَارِجًا مِنَ الْحَرَمِ ، دِينَارًا^(٤) . وأيضًا فَإِنَّهُ قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، ولم نَعْرِفْ لَهُمْ فِي زَمَنِهِمْ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . ولأنَّ فِي شَرْطِ الْجُعْلِ فِي رَدِّهِمْ حُثًّا عَلَى رَدِّ الْآبِقِ^(٥) وَصِيَانَةً لَهُمْ عَنِ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَرِدَّتِهِمْ عَنْ دِينِهِمْ وَتَقْوِيَةَ أَهْلِ الْحَرْبِ بِهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعًا ؛ لِهَذِهِ الْمَصْلَحَةِ .

الإنصاف

الْمِصْرُ ، فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، قَرُبَتْ الْمَسَافَةُ أَوْ بَعُدَتْ . قال الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ ، وَ « الْفَائِقُ » : اخْتَارَهُ الْخَلَّالُ . وعنه ، وَمِنَ الْمِصْرِ عَشْرَةٌ . قال

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في حاشية الأصل : « والليث والخرقي وأهل الظاهر ويروى عن الحكم » .

(٣) في ٢ : عمر .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤٠/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٥) في الأصل : « الآبق » .

وبهذا فارق الشارد ، فإنه لا يُفْضَى إلى ذلك . قال شيخنا^(١) : والرواية الأخرى أقرب إلى الصحة ؛ لأن الأصل عدم الوجوب ، والخبر المروى في هذا مُرْسَلٌ ، وفيه مقال ، ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس ، فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ، ولا تحققت أيضًا ، فإنه ليس الظاهرُ هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة ، وهذا بعيدٌ فيهم . فأما علي الرواية الأولى ، فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل ، فروى عنه ، أنه عشرة دراهم ، أو دينار ، إن رده من

الخلال : استقرت عليه الرواية . قال القاضي : هذا رواية واحدة . وجزم به ابن البنا في « خصاله » ، وصاحب « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وقال : الرواية الصحيحة من خارج المضر ، دينار ، أو عشرة دراهم . قال في « الفائق » : ولورد الآبق ، فله ، بغير شرط ، عشرة دراهم . وعنه ، اثنا عشر . وعنه ، أربعون درهمًا من خارج المضر . قال الزركشي : في « المغني » ، إذا رده من المضر دينار ، أو عشرة دراهم ، وفي « الكافي » ، دينار ، أو اثنا عشر درهمًا ، في رواية ، وفي أخرى ، دينار . وفي « خلاصة الشريفة » ، وأبى الخطّاب ، و « الجامع الصغير » ، دينار ، أو اثنا عشر درهمًا في رواية ، وفي أخرى ، عشرة دراهم . انتهى . وتقدم كلام القاضي ، وابن البنا ، والحلواني . وقال الحارثي : إذا رده من داخل المضر ، فله عشرة دراهم ، قولًا واحدًا . نص عليه في رواية حرب . قال : ولا أعلم نصًا بخلافه . وفي كتاب « الراويين » للقاضي ، لا تختلف الرواية ، إذا جاء به من المضر ، أن له عشرة دراهم . وقاله ابن أبي موسى في

(١) في : المغني ٣٢٩/٨ .

المِصْر ، وإن [١٧٨/٥] رَدَّه مِنْ خَارِجِهِ ، ففيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَلْزَمُهُ دِينَارٌ ، أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ لِلخَبَرِ الْمَذْكُورِ ، وَلأنَّ ذَلِكَ يُرَوَى عَنْ عَمْرٍ ، وَعَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ ^(١) أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا إِذَا رَدَّه مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ . اخْتَارَهَا الْخَلَّالُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَشُرَيْحٍ ، فَرَوَى أَبُو عَمْرٍو الشَّيْبَانِيُّ ، قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصْبْتُ عَبِيدًا أَبَاقًا . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَغَنِيمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْغَنِيمَةُ ؟ فَقَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسٍ أَرْبَعُونَ ^(٢) دِرْهَمًا ^(٣) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : أُعْطِيتُ الْجُعْلَ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَفِيزٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْخَلَّالُ : حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى

الشرح الكبير

« الْإِرْشَادِ » . وَنَقَلَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ، وَ « التَّنْبِيهِ » . وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَلَمْ يُورِدُوا سِوَاهُ . قَالَ : فَأَمَّا مَا ^(٤) فِي « الْمُقْنَعِ » ، وَ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » لِأَبِي الْحُسَيْنِ ، وَ « الْأَغْلَامِ » لِابْنِ بَكْرٍ ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، مِنْ التَّقْدِيرِ بِالْدِينَارِ أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَفِي دَاخِلِ الْمِصْرِ ، كَمَا فِي خَارِجِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ .

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في النسخ : « أربعين » والمثبت كما في مصنف عبد الرزاق .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الجعل في

الآتي ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مَسِيرَةٌ ثَلَاثٌ ، فَهوَ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّهِ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فَهوَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونَ ذَلِكَ ، يُرَضَّخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعْنَى إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامِنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيَمَةِ ، نَقَصَ الْجُعْلُ عَنْ قِيَمَتِهِ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ؛ وَلِأَنَّهُ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ

وَأَصْلُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » : مَنْ رَدَّ آبِقًا ، اسْتَحَقَّ دِينَارًا ، أَوْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، سَوَاءً جَاءَ بِهِ مِنَ الْمِضْرِ أَوْ خَارِجِ الْمِضْرِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِنْ جَاءَ بِهِ مِنَ الْمِضْرِ ، اسْتَحَقَّ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مِنْ خَارِجِ الْمِضْرِ ، اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . فَمِنْهُمْ مَنْ حَكَّى ذَلِكَ كُلُّهُ ، وَمِنْهُمْ مَنْ اخْتَصَّ الْعَشْرَةَ فِي الْمِضْرِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا مَعْنَى الدِّينَارِ ، وَأَنَّ الدِّينَارَ قَدْ يُقَوَّمُ بِالْعَشْرَةِ وَالْاثْنَيْنِ عَشَرَ ، فَيَكُونُ دَاخِلًا فِي الرَّوَايَةِ الْأُولَى ^(١) . قَالَ : وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ الْقَاضِي مِنْ اسْتِحْقَاقِ الدِّينَارِ ، أَوْ الْاثْنَيْنِ عَشَرَ فِي الْمِضْرِ ، لَا أَصْلَ لَهُ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَلْبَتَّةَ ، وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهِ . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ نَاقِلَ هَذِهِ الرَّوَايَةِ هُوَ ^(٢) الْقَاضِي ، وَهُوَ الثَّقَةُ الْأَمِينُ فِي النُّقْلِ ، بَلْ هُوَ نَاقِلُ غَالِبِ رِوَايَاتِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ إِطْلَاعِ الْحَارِثِيِّ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنْ لَا تَكُونَ نَقِلَتْ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، خُصُوصًا وَقَدْ تَابَعَهُ عَلَيْهَا ^(٣) الْأَعْلَامُ الْمُحَقِّقُونَ .

(١) سقط من : ط .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣) في ط ، أ : « هؤلاء » .

وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي قُوَّتِهِ ، وَإِنْ هَرَبَ مِنْهُ فِي طَرِيقِهِ .

وإن زاد على قيمته ، كالذي جعله صاحبه .

٢٤٩٩ - مسألة : (وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ) على الآبقِ في قُوَّتِهِ ، سواء رَدَّه أو هَرَبَ مِنْهُ فِي طَرِيقِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَقَدْ قَامَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مَقَامَ السَّيِّدِ فِي أَدَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، فَرَجَعَ بِهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْآبِقِ . وَلَنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ؛ لِمَا فِي رَدِّهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَرْتَدَّ وَيَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي النَّفَقَةِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ مَصْلَحَةٌ لِمَجَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَهُوَ مِنْ جُمْلَتِهِمْ ، فَيَجِبُ أَنْ يُحْتَسَبَ لَهُ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَعَارَ رَجُلًا عَبْدًا لِيَرَهَنَهُ ، فَرَهَنَهُ ، وَامْتَنَعَ الْمُسْتَعِيرُ مِنْ فَكَاكِهِ ، فَافْتَكَّهُ مَالَكِهِ ، احْتَسِبَ لَهُ بِمَا وَرَثَهُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ مَصْلَحَةً . وَقَدْ وَافَقَ الشَّافِعِيُّ عَلَى ذَلِكَ .

تنبيه : دَخَلَ فِي عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ رَدَّه الْإِمَامُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ حَرْبٌ ، إِنَّ رَدَّه الْإِمَامُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » ، وَقَالَ : وَذَلِكَ^(١) لِاتِّصَابِهِ لِلْمَصَالِحِ ، وَلَهُ حَقٌّ فِي بَيْتِ الْمَالِ عَلَى ذَلِكَ . وَكَذَا قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَطَعَ بِهِ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهَا فِي عَامِلِ الزَّكَاةِ .

قوله : وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي قُوَّتِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ قُلْنَا بِاسْتِحْقَاقِ الْجُعْلِ أَمْ لَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ »

(١) سقط من : الأصل .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، اسْتَحَقَّ ذَلِكَ فِي تَرِكَتِهِ .

المقنع

٢٥٠٠ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، اسْتَحَقَّ ذَلِكَ فِي تَرِكَتِهِ)
يَعْنِي الْجُعْلَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ [١٧٨/٥ ظ] أَبُو يُوسُفَ : إِنْ
كَانَ الَّذِي رَدَّهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عِوَضٌ عَنْ
عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَ مِنْ غَيْرِ
وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِنْ ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّهُ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْأَبَاقِ
أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ . إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا ،
اسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا ، الْخَبَرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ،
وَلأنَّهُ رَدَّ أَبَقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

وغيره . وقال ابن رَجَبٍ في « قَوَاعِيدِهِ » : وَجَزَمَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ . قَالَ
الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَخَرَجَ الْمُصَنِّفُ قَوْلًا بِأنَّهُ لَا يَرْجِعُ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ
إِلَّا^(١) إِذَا انْفَقَ بَيْنَةَ الرُّجُوعِ . وَاخْتَارَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . وَاشْتَرَطَ أَبُو الْخَطَّابِ ،
وَالْمَجْدُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، الْعَجْزَ عَنْ اسْتِثْنَانِ الْمَالِكِ ، [٢٢٨/٢ ظ] وَضَعْفَهُ
الْمُصَنِّفُ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الرُّجُوعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، بَلْ لَوْ أَبَقَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا
انْفَقَ عَلَيْهِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ .

فوائد ؛ إحداهما ، عِلْفُ الدَّائِبَةِ كَالْتَفَقَةِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أَرَادَ اسْتِخْدَامَهُ بَدَلَ
النَّفَقَةِ ، فَفِي جَوَازِهِ رِوَايَتَانِ . حَكَاهُمَا أَبُو الْفَتْحِ الْحَلَوَانِيُّ فِي « الْكِفَايَةِ » ،
كَالْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ، وَذَكَرَهُمَا فِي « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » . وَالصَّحِيحُ مِنْ
الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ ، فَكَذَا هُنَا بِطَرِيقِ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) سقط من : ط .

فصل : وَيَجُوزُ أَخْذُ الْآبِقِ لِمَنْ وَجَدَهُ . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْآبِقَ لَا يُؤْمَنُ لِحَاقِهِ بَدَارِ الْحَرْبِ وَارْتِدَادُهُ ، وَاسْتِعْأَلُهُ بِالْفَسَادِ فِي الْبِلَادِ ، بِخِلَافِ الضَّوَالِّ الَّتِي تَحْفَظُ نَفْسَهَا . فَإِذَا أَخَذَهُ ، فَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ إِذَا اعْتَرَفَ الْعَبْدُ أَنَّهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ . فَإِنْ لَمْ يَجِدْ سَيِّدَهُ ، دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، فَيَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ ، أَوْ يَبِيعُهُ إِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ . وَنَحْوُهُ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَيْسَ لِلْمُلْتَقِطِ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلُكُهُ بَعْدَ تَعْرِيفِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، فَهُوَ كَضَّوَالِّ الْإِبِلِ . وَإِنْ بَاعَهُ ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ

تنبيه : أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ جَوَازَ أَخْذِ الْآبِقِ لِمَنْ وَجَدَهُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ أَنْ يُلْحَقَ بَدَارِ الْحَرْبِ وَيَرْتَدَّ ، أَوْ يَسْتَعْلِ بِالْفَسَادِ فِي الْبِلَادِ ، بِخِلَافِ الضَّوَالِّ الَّتِي تَحْفَظُ نَفْسَهَا . إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ ، فَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، إِذَا أَخَذَهُ ، إِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، إِذَا اعْتَرَفَ الْعَبْدُ أَنَّهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ سَيِّدَهُ ، دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، فَيَحْفَظُهُ لَصَاحِبِهِ ، أَوْ يَبِيعُهُ إِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَوَاجِدِهِ بَيْعُهُ ، وَلَا تَمْلُكُهُ بَعْدَ تَعْرِيفِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، ^(١) فَهُوَ كَضَّوَالِّ الْإِبِلِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَوْلُهُمَا : يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ^(٢) . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمَا أَرَادَا الْكَبِيرَ ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ . وَيَأْتِي فِي بَابِ اللَّقْطَةِ . فَإِنْ بَاعَهُ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ لِمَصْلَحَةٍ

(١ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

في قولِ عامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَإِنْ بَاعَهُ الْإِمَامُ لِمُصْلِحَةٍ رَأَاهَا فِي بَيْعِهِ ، فَجَاءَ سَيِّدُهُ فَاعْتَرَفَ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ ، قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُزُّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ عَنْهَا ضَرَرًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لغيرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِعْتَقِهِ ، كَمَا لو بَاعَهُ السَّيِّدُ ثُمَّ أَقْرَبَ بِعْتَقِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَخْذُ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ أَنَّهُ حُرٌّ ، لَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَهُ ، وَلَكِنْ يُؤْخَذُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ لَهُ ، فَهُوَ كَتَرِكَةٍ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ . فَإِنْ عَادَ السَّيِّدُ فَأَنْكَرَ الْعِتْقَ ، وَطَلَبَ الْمَالَ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ .

رَأَاهَا ، فَجَاءَ سَيِّدُهُ ، فَاعْتَرَفَ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ ، قُبِلَ قَوْلُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَقِيلَ : لَا يُقْبَلُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، ذَكَرَهُ فِي اللَّقْطَةِ . الثَّلَاثَةُ ، الْعَبْدُ وَغَيْرُهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى . نَصَّ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . الرَّابِعَةُ ، أُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبَّرُ ، كَالْقَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ ؛ إِذَا جَاءَ بِهِمَا إِلَى السَّيِّدِ ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ وُصُولِهِمَا إِلَيْهِ ، فَلَا جُعْلٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يَعْتِقَانِ بِالْمَوْتِ ، فَالْعَمَلُ لَمْ يَتِمَّ ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ ، فَإِنَّهُ يَرْجَعُ بِمَا أَنْفَقَ حَالَ الْحَيَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَنْصُوصَ ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِتَخْلِيصِ مَتَاعٍ غَيْرِهِ مِنْ مَهْلَكَةٍ .

بَابُ اللَّقْطَةِ

وَهِيَ الْمَالُ الضَّائِعُ مِنْ رَبِّهِ .

بَابُ اللَّقْطَةِ

(وهى المال الضائع من ربه) يَلْتَقِطُهُ غَيْرُهُ . قال الخليل بن أحمد :
اللَّقْطَةُ ، بفتح القاف : اسمٌ للمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ ما جاء على فُعَلَةٍ ، فهو اسمٌ
للفاعِلِ ، كالصُّحْلَةِ والصُّرْعَةِ ، واللَّقْطَةُ ، بسكون القاف : المالُ
المَلْقُوطُ ، مثلُ الضُّحْكَةِ ، الذى يُضْحَكُ منه ، والهَزْأَةُ [١٧٩/٥] الذى
يُهْزَأُ به . وقال الأصمعيُّ ، وابنُ الأعرابيِّ ، والفرَّاءُ : هى بفتح القاف ،
اسمُ المالِ المَلْقُوطِ أيضًا . والأصلُ فيها ما روى زيدُ بنُ خالدٍ الجُهَنِيُّ ،
قال : سئل رسولُ الله ﷺ عن لُقْطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، فقال : « اعْرِفْ
وِكَاءَهَا ، وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ
وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وسأله عن
ضالَّةِ الإِبِلِ ، فقال : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ،
تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . وسأله عن الشَّاقِ فقال :

بَابُ اللَّقْطَةِ

فائدة : قوله : وهى المال الضائع من ربه . هو تعريفٌ لمعناها الشرعي . وكذا
قال غيره . قال الحارثيُّ : وعلى هذا سؤالان ؛ أحدهما ، قد يكونُ المُلْتَقِطُ غيرَ
ضائعٍ ؛ كالمُتْرُوكِ قَصْدًا لأمرٍ يَقْتَضِيهِ ، ومنه المالُ المَدْفُونُ ، والشَّيْءُ الذى يُتْرَكُ

« خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) .
 الوِكَاءُ : الخِيْطُ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ الْمَالُ فِي الْخِرْقَةِ . وَالْعِفَاصُ : الْوَعَاءُ الَّذِي
 هِيَ فِيهِ ؛ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ قِرْطَاسٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَهُ أَبُو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي
 الْعِفَاصِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلْبِسُهُ رَأْسَ الْقَارُورَةِ . وَقَوْلُهُ : « مَعَهَا
 حِذَاءَهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ؛ لِأَنَّهُ لِقُوَّتِهِ وَصَلَابَتِهِ يَجْرِي مَجْرَى الْحِذَاءِ .
 وَسِقَاؤُهَا : بَطْنُهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءً كَثِيرًا ، فَيَبْقَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشَ .
 وَالضَّالَّةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ خَاصَّةً دُونَ سَائِرِ اللَّقْطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ . وَيُقَالُ
 لَهَا أَيْضًا : الْهُوَامِيُّ وَالْهُوَامِلُ .

ثِقَّةٌ بِهِ ؛ كَأَحْجَارِ الطَّعْنِ ، وَالْخَشَبِ الْكِبَارِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي التِّيْقَاتِ
 الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ . فَعَلِيَ الْقَوْلُ بِالتِّيْقَاتِ ، يَكُونُ خَارِجًا عَمَّا ذُكِرَ . وَمَنْ قَالَ مِنْ
 الْأَصْحَابِ : لَا يُلْتَقَطُ . إِنَّمَا قَالَ ؛ لِأَجْلِ كَوْنِهِ مُمْتَنِعًا بِنَابِهِ ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالٍ . قَالَ
 الْحَارِثِيُّ : وَيَعْصِمُ مِنَ السُّؤَالِ ، أَنْ يُضَافَ إِلَى الْحَدِّ ، مَا جَرَى مَجْرَى الْمَالِ .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس
 والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب
 اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... ، من كتاب اللقطة ، وفي :
 باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٤/١ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ،
 ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٧/٣ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء
 في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٣٦/٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة
 الإبل والبقير والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في
 اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٥/٤ ، ١١٦ ، ١١٧ .

وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا ، مَا لَا تَتَّبَعُهُ الْهِمَّةُ ؛ كَالسَّوْطِ ، ^{المقنع}
 وَالشُّسْعِ ، وَالرَّغِيفِ ، فَيُمْلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ .

٢٥٠١ - مسألة : (وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا : مَا لَا تَتَّبَعُهُ ^{الشرح الكبير}
 الْهِمَّةُ ؛ كَالسَّوْطِ ، وَالشُّسْعِ ^(١) ، وَالرَّغِيفِ ، فَيُمْلِكُهُ بِأَخْذِهِ . بِلَا
 تَعْرِيفٍ) لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا
 وَالسَّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ ، يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ فَيَنْتَفِعُ بِهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) .
 وَكَذَلِكَ التَّمْرَةُ ، وَالْكِسْرَةُ ، وَالْخِرْقَةُ ، وَمَا لَا خَطَرَ لَهُ ، يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ
 بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُنْكِرْ عَلَى وَاجِدِ التَّمْرَةِ حَيْثُ أَكَلَهَا ،
 بَلْ قَالَ لَهُ : « لَوْ لَمْ تَأْتِهَا لِأَتْنِكَ » ^(٣) . وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ تَمْرَةً فَقَالَ :
 « لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا » ^(٤) . وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا
 بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ الْيَسِيرِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ،
 وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَعَائِشَةَ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ،

قوله : وَتَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا لَا تَتَّبَعُهُ الْهِمَّةُ . يَعْنِي ، هِمَّةُ أَوْسَاطِ ^{الإنصاف}
 النَّاسِ ، وَلَوْ كَثُرَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيزُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَمِثْلُهُ الْمُصَنَّفُ بِالسَّوْطِ ،

(١) الشُّسْعُ : سَيْرٌ يُمَسَّكُ النَعْلُ بِأَصَابِعِ الْقَدَمِ .

(٢) فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩/١ .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ حِبَانَ . الْإِحْسَانُ فِي تَقْرِيبِ صَحِيحِ ابْنِ حِبَانَ ٣٣/٨ .

(٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٨٦/١١ .

وطاوس ، والنَّخَعِيُّ ، ويحيى بنُ أبي كَثِيرٍ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ،
وأصحابُ الرَّأْيِ . قال شيخنا^(١) : وليس عن أحمدَ تحديدُ اليَسِيرِ الذي
يُباحُ . وروى عن أحمدَ أبو بكرٍ بنُ صَدَقَةَ : إذا [١٧٩/٥ ط] أَخَذَ ذَرْهَمًا
عَرَفَهُ سَنَةً . وقال ، في رواية عبدِ اللهِ : ما كان نحوَ التَّمَرَةِ ، والكِسْرَةِ ،
والخِرْقَةِ ، وما لا خَطَرَ له ، فلا بَأْسَ . ونحوُ ذلك قولُ الشافعيِّ . وذكرَ
القاضي ذلك في كتاب « الخِلافِ » . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ تَعْرِيفُ^(٢) ،
ما لا يُقَطَّعُ به السَّارِقُ .^(٣) ذَكَرَهُ شَيْخُنَا في كِتَابِ « الكافي » . وقال
مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ : لا يَجِبُ تَعْرِيفُ ما لا يُقَطَّعُ به السَّارِقُ^(٤) . وهو
رُبْعُ دِينَارٍ عندَ مالِكٍ ، وَعَشْرَةُ دَرَاهِمٍ عندَ أبي حنيفةٍ ؛ لأنَّ ما دُونَ ذلك
تافَهُ ، فلا يَجِبُ تَعْرِيفُهُ ، كالكِسْرَةِ والتَّمَرَةِ ؛ بدليل قول عائشةَ ، رَضِيَ
اللهُ عنها : كانوا لا يَقْطَعُونَ في الشَّيْءِ التَّافِهِ . وروى عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ

الشرح الكبير

والشُّشْعُ ، والرَّغِيفُ . ومثله في « الإرشادِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابنِ عَقِيلٍ » ،
و « الهدايةِ » ، و « المذهبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وجماعةٌ ، بالتَّمَرَةِ ،
والكِسْرَةِ ، وشُشْعِ النَّعْلِ ، وما أَشْبَهَهُ . ومثله في « المُعْنَى » بالعَصَا والحَبْلِ ،
وما قِيَمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذلك . قال الحارثِيُّ : ما لا تَتَّبَعُهُ الهِمَّةُ . نصَّ أحمدُ في رواية عبدِ اللهِ
وحَنْبَلٍ ، أَنَّهُ ما كان مِثْلَ التَّمَرَةِ ، والكِسْرَةِ ، والخِرْقَةِ ، وما لا خَطَرَ له ، فلا
بَأْسَ . وقال في رواية ابنِ مَنصُورٍ : الذي يُعْرَفُ مِنَ اللَّقْطَةِ كُلِّ شَيْءٍ ، إِلَّا ما لا

الإنصاف

(١) في : المغنى ٢٩٦/٨ .

(٢) سقط : من الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

عنه ، أَنَّهُ وَجَدَ دِينَارًا فَتَصَرَّفَ فِيهِ ^(١) . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، عَنْ سَلْمَى بِنْتِ كَعْبٍ ، قَالَتْ : وَجَدْتُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْهُ ، فَقَالَتْ : تَمَتَّعِي بِهِ ^(٢) . وَرَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَبْلِ ، فِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، وَقَدْ تَكُونُ قِيمَتُهُ دَرَاهِمَ . وَعَنْ سُؤَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ قَالَ : خَرَجْتُ مَعَ سَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْعُذَيْبِ ، انْتَقَطْتُ سَوَاطٍ ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأُتِيتُ ، فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتَ ^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، عُمُومُ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يُعْلَمُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرُوهُ

قِيَمَةٌ لَهُ . وَسُئِلَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، الرَّجُلُ يُصِيبُ الشُّنْعَ فِي الطَّرِيقِ ، أَيَأْخُذُهُ ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ جَيِّدًا مِمَّا لَا يُطْرَحُ مِثْلُهُ ، فَلَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَأْخُذَهُ ، وَإِنْ كَانَ رَدِيئًا قَدْ طَرَحَهُ صَاحِبُهُ ، فَلَا بَأْسَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَكَلَامُ أَحْمَدَ لَا يُوَافِقُ مَا قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَلَا شَكُّ أَنَّ الْحَبْلَ ، وَالسَّوْطَ ، وَالرَّغِيفَ يَزِيدُ عَلَى الثَّمَرَةِ ،

(١) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦١/٦ .

(٣) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

نَصٌّ وَلَا إجماعٌ . فَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرُقَهُ كُلُّهَا مُضْطَرِبَةٌ ، ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذَاهِبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللَّقْطَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، لَا يُذَرَى كَمْ قَدَرُ الْخَاتَمِ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَرَخَّصَ فِيهِ مِنَ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ، وَمَا قِيَمْتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

وَالْكِسْرَةُ . قَالَ : وَسَائِرُ الْأَصْحَابِ عَلَى مَا قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، وَلَا أَعْلَمُ أَحَدًا وَافَقَ الْمُصَنِّفَ ، إِلَّا أَبَا الْخَطَّابِ فِي الشُّشْعِ فَقَطْ . انْتَهَى . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : وَمَا قُلَّ ؛ كَتَمَرَةٍ ، وَخِرْقَةٍ ، وَشُشْعٍ نَعْلٍ ، وَكِسْرَةٍ ، وَقِيلَ : وَرَغِيفٍ . انْتَهَى . فَحَكَى فِي الرَّغِيفِ الْخِلَافَ . وَقِيلَ : هُوَ مَا دُونَ نِصَابِ السَّرِقَةِ . قَالَ فِي «الْكَافِي» : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ مَا لَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ . وَقِيلَ : هُوَ مَا دُونَ قَبْرَاطٍ ؛ مِنْ عَيْنٍ أَوْ وَرْقٍ . اخْتَارَهُ أَبُو الْفَرَجِ فِي «الْمُبْهَجِ» ، وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ الدَّائِقِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ عَنِ دَائِقًا مِنْ ذَهَبٍ . وَكَذَا قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِيسِ» . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : وَقِيلَ : بَلْ مَا فَوْقَ دَائِقٍ ذَهَبٍ . وَقَالَ أَيْضًا : وَعَنْهُ ، يُعَرَّفُ الذَّرْهَمُ فَأَكْثَرُ .

الإنصاف

فَائِدَةٌ : لَوْ وَجَدَ كَنَاسٌ ، أَوْ نَخَالٌ ، أَوْ مَقْلَشٌ ، قِطْعًا صِغَارًا مُفَرَّقَةً ، مَلَكَهَا بِلَا تَعْرِيفٍ ، وَإِنْ كَثُرَتْ .

فصل : والذي يَجُوزُ التِّقَاطُهُ والانتِفَاعُ به مِنْ غيرِ تَعْرِيفٍ ، [١٨٠/٥ و] كَالْكِسْرِ ، وَالتَّمَرَةِ ، وَالْعَصَا ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، إِذَا التَّقَطُّهُ إِنْسَانٌ وَانْتَفَعَ بِهِ وَتَلَفَ ، فَلَا ضَمَانَ فِيهِ . ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ . وَكَذَلِكَ مَا قِيمَتُهُ كَقِيمَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِيهِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ عَلَيْهِ ضَمَانًا ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِي السُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَشِبْهِهِ ، الْمَذْكُورِ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ . وَقَدَّرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ ^(١) بِمَا دُونَ الْقِيَرِاطِ . وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ الدَّائِقِ .

قوله : فَيُمْلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ [٢٢٩/٢ و] عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ ، يُلْزَمُهُ تَعْرِيفُهُ . ذَكَرَهَا أَبُو الْحُسَيْنِ . وَقِيلَ : يُلْزَمُهُ تَعْرِيفُهُ مُدَّةً يَظُنُّ طَلَبَ رَبِّهِ لَهُ . اخْتَارَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » .

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا مَا قَالَهُ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِنَّ الصَّدَقَةَ بِذَلِكَ أَوْلَى . وَمِنْهَا ، أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ دَفْعُ بَدَلِهِ ، إِذَا وَجَدَ رَبَّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَقُوَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا تَقْتَضِيهِ ؛ لِقَوْلِهِ : فَيُمْلِكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : يُلْزَمُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَكَلَامُهُمْ فِيهِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَقِيلَ لِأَحْمَدَ فِي التَّمَرَةِ يَجِدُّهَا ، أَوْ يُلْقِيهَا عُصْفُورٌ : أَيَا كُلُّهَا ؟ قَالَ : لَا . قَالَ : أَيُطْعِمُهَا صَبِيًّا ، أَوْ يَتَصَدَّقُ بِهَا ؟ قَالَ : لَا يَغْرَضُ لَهَا . نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَغَيْرُهُ ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ الْوَرَّاقُ . وَمِنْهَا : لَا يُعَرَّفُ الْكَلْبُ إِذَا وَجَدَهُ ، بَلْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، إِذَا كَانَ مُبَاحًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُعَرَّفُ سَنَةً . وَيَأْتِي قَرِيبًا .

(١) يَعْنِي ابْنَ الْجَوْزِيِّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَلِيٍّ .

الثَّانِي ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْبَقَرِ ،
وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، فَلَا
يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ
زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ .

المقنع

الْقِسْمُ (الثاني ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ،
وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، لَا
يَجُوزُ التِّقَاطُهَا) كُلُّ حَيَوَانٍ يَقْوَى عَلَى الِامْتِنَاعِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ،
وَوُرُودِ الْمَاءِ ، لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، سَوَاءٌ كَانَ لِكَبَرِ جُسْثِهِ ؛ كَالْإِبِلِ ،
وَالْخَيْلِ ، أَوْ لَطَيْرَانِهِ ؛ كَالطَّيْرِ كُلِّهَا ، أَوْ لَعَدُوهِ ؛ كَالظَّبَاءِ ، أَوْ بَنَابِهِ ،
كَالْكِلَابِ ، وَالْفُهُودِ . قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ أَخَذَ الضَّالَّةَ فَهُوَ
ضَالٌّ . أَيْ مُخْطِئٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ،
وَاللَّيْثُ ، فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ : مَنْ وَجَدَهَا فِي الصَّحَرَاءِ لَا يَقْرُبُهَا . وَرَوَاهُ
الْمُزْنِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ الزُّهْرِيُّ يَقُولُ : مَنْ وَجَدَ بَدَنَةً فَلْيَعْرِفْهَا ، فَإِنْ
لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا فَلْيَنْحَرِّهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُبَاحُ التِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّهَا لِقِطْعَةٌ ، أَشْبَهَتْ الْعَنَمَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لَمَّا
سُئِلَ عَنْهَا : « مَا لَكَ وَلَهَا ؟ دَعَهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ

الشرح الكبير

قوله : الثَّانِي ، الضَّوَالُ الَّتِي تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالْإِبِلِ ، وَالْبَقَرِ ،
وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظَّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوَهَا ، فَلَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا .
بَلَا نِزَاعٍ .

الإنصاف

الشرح الكبير

وَتَاكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا»^(١) . وَسُئِلَ ﷺ فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَصِيبُ^(٢) هَوَامِيَ الْإِبِلِ . فَقَالَ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »^(٣) .
وعن جرير بن عبد الله ، أنه أمر بطرد بقره لحقت ببقره حتى توارت ،
وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالٌّ » . رواه
أبو داود بمعناه^(٤) . وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك
نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ! على أن الإبل
تفارق الغنم ؛ لضعفها ، وقلة صبرها عن الماء ، والخوف عليها من
الذئب .

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، الصحيح من المذهب ، أن الحُمُرَ مما يمتنع من صغار السباع .
وعليه جماهير الأصحاب . قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : قاله
الأصحاب . قال الحارثي : هو قول القاضي في آخرين . وجزم به في « الرعايتين »
وغيرهما . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » ، وغيرهما . وألحق المصنف
الحُمُرَ بالشاة ونحوها . قال الحارثي : وهو أولى . ومنها ، قال الحارثي : اختلف
الأصحاب في الكلب المعلم ؛ فأدخله المصنف فيما يمتنع التقاطه ، كما اقتضاه

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٢) في م : « نجد » .

(٣) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن الشرب قائما ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذى
٧٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبق والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ .
والدارمي ، في : باب في الضالة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٤ ،
٨٠/٥ .(٤) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبق
والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٢/٤ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الصُّيُودُ مُسْتَوْحِشَةً [١٨٠/٥ ط] إِذَا تَرَكْتَ رَجَعْتَ إِلَى الصَّخْرَاءِ وَعَجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا ، جَازَ التَّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا أَضْيَعُ لَهَا مِنْ سَائِرِ الْأَمْوَالِ . وَالْمَقْصُودُ حِفْظُهَا لِصَاحِبِهَا ، لَا حِفْظُهَا فِي نَفْسِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ حِفْظُهَا فِي نَفْسِهَا ، لَمَا جَازَ التَّقَاطُ الْأَثْمَانِ ، فَإِنَّ الدِّينَارَ دِينَارٌ حَيْثُ كَانَ .

ظَاهِرُ لَفْظِهِ هُنَا ، وَصَرِيحُ لَفْظِهِ فِي « الْمَعْنَى » ؛ اعْتِبَارًا بِمَنْعَتِهِ بِنَابِهِ . وَجَوَزَ التَّقَاطُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ ، وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِي الْمَنْعِ ، وَلَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَمْنُوعِ ، وَفِي أَخْذِهِ حِفْظٌ عَلَى مُسْتَحِقِّهِ ، أَشْبَهَ الْأَثْمَانَ وَأَوْلَى ، مِنْ جِهَةٍ أَنَّهُ لَيْسَ مَالًا ، فَيَكُونُ أَخَفَّ . وَعَلَى هَذَا ، هَلْ يَنْتَفِعُ بِهِ بَعْدَ حَوْلِ التَّعْرِيفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، وَفِيهِمَا طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بِنَاءُ الْخِلَافِ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَمَلُّكِ الشَّاقِ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي . الْآخَرُ ، بِنَاءُ الْإِنْتِفَاعِ عَلَى التَّمَلُّكِ لَمَا يُتَمَلَّكُ بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَبِنَاءُ مَنَعِ الْإِنْتِفَاعِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ لَمَا ضَاعَ مِنْهُ بِالْقِيَمَةِ لَوْ تَلَفَ ؛ لِإِنْتِفَائِهِ كَوْنُهُ مَالًا ، فَيُؤَدَّى إِلَى الْإِنْتِفَاعِ مَجَّانًا ، وَهُوَ خِلَافُ الْأَصْلِ . انْتَهَى كَلَامُ الْحَارِثِيِّ . وَمِنْهَا ، يَجُوزُ لِلْإِمَامِ وَنَائِبِهِ أَخْذُ مَا يَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَحِفْظُهُ لِرَبِّهِ ، وَلَا يُلْزَمُهُ تَعْرِيفُهُ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ . وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِالصَّفَةِ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَلَا يَجُوزُ لِغَيْرِهِمَا أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لِحِفْظِهِ لِرَبِّهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ وَمَنْ تَبِعَهُ : يَجُوزُ أَخْذُهَا إِذَا خِيفَ عَلَيْهَا ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَرْضٍ مُسَبَّعَةٍ ، أَوْ قَرِيبًا مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ ، أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ فِيهَا وَلَا مَرْعَى ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى اخْتِذِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنْقَاضٌ مِنَ الْهَلَاكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ كَمَا قَالَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

الشرح الكبير

فصل : والبقر كالإبل . نصَّ عليه أخذُ . وهو قولُ الشافعيّ ، وأبي عُبَيْدٍ . وحكى عن مالكٍ ، أنَّ البقرة كالشاةٍ . ولنا ، خبرُ جريرٍ فإنه طردَ البقرة ولم يأخذها ، ولأنَّها تمتنعُ من صغارِ السباعِ ، وتجزئُ في الأضحيةِ عن سبعةٍ ، فأشبهتِ الإبلَ . وكذلك الحُكْمُ في الخيلِ والبغالِ . فأما الحُمْرُ ، فجعلها أصحابنا من هذا القسمِ الذي لا يجوزُ التقاطُها ؛ لكبرِ أجسامِها ، فأشبهتِ الخيلَ والبغالَ . قال شيخنا^(١) : والأولى إلحاقُها بالشاةِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ علَّلَ الإبلَ بأنَّ معها سقاءها ، يُريدُ شدةَ صبرِها عن الماءِ ؛ لكثرةِ ما تُوعى في بطنِها منه ، وقوتِها على وروده ، وفي إباحةِ ضالةِ الغنمِ بأنَّها مُعرَّضةٌ لأخذِ الذئبِ إياها ،^(٢) بقوله : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ »^(٣) . والحُمْرُ مُساويةٌ للشاةِ في علَّتِها ، فإنَّها لا تمتنعُ من الذئبِ ، وتُفارقُ الإبلَ في علَّتِها ؛ لكونِها لا صبرَ لها عن الماءِ ، ولهذا يُضربُ المثلُ بقلَّةِ صبرِها عن الماءِ ، فيقالُ : ما بَقِيَ من مُدَّتِهِ إِلَّا ظَمْءٌ^(٤) . وإلحاقُ الشيءِ بما ساواه في علَّةِ الحُكْمِ وفارقَه في الصُّورةِ أولى من إلحاقِه بما قاربَه في الصُّورةِ وفارقَه في العِلَّةِ .

قلتُ : لو قيلَ بوجوبِ أخذِها ، والحالةُ هذه ، لكانَ له وَجْهٌ . ومنها ، قطعُ المَصْنُفِ والشارِحُ بجوازِ التقاطِ الصُّبُودِ الْمُتَوَحَّشَةِ التي إذا تُرِكَتْ ، رجعتْ إلى

(١) في : المغنى ٣٤٤/٨ .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٣) الظمُّ : ما بين الشريتين .

وانظر : مجمع الأمثال ، للميداني ٢٥١/٣ .

فصل : فأما غير الحيوان ، فما كان منه يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، كأحجار الطَّوَّاحِينِ ، والكَبِيرِ مِنَ الخَشَبِ ، وَقُدُورِ النُّحَاسِ ، فهو كالإِبِلِ في تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بل أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الإِبِلَ مُعَرَّضَةٌ لِلتَّلَفِ فِي الْجُمْلَةِ بِالْأَسَدِ وَبِالْجُوعِ وَالْعَطَشِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تَكَادُ تَضِيعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا ، بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الْحَيَوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

الصَّخْرَاءِ ، بِشَرْطِ أَنْ يَعْجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : فَيُعَالَى بِهَا . وَظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، عَدَمُ الْجَوَازِ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ ، « لِكِنَّهُ إِنَّمَا حُكِيَ ذَلِكَ عَنْهُ فِي طَيْرٍ مُتَوَحَّشَةٍ . وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ أَعْمٌ مِنْ ذَلِكَ »^(١) . وَمِنْهَا ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَشِيُّ ، وَجَمَاعَةٌ : أَحْجَارُ الطَّوَّاحِينِ ، وَالْقُدُورُ الصُّخْمَةُ ، وَالْأَخْشَابُ الْكَبِيرَةُ وَنَحْوُهَا مُلْحَقَةٌ بِالْإِبِلِ فِي مَنَعِ الْإِلْتِقَاطِ . « قَالَ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ : بَلْ أَوْلَى »^(٢) . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَظَاهِرُ كَلَامٍ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، جَوَازُ الْإِلْتِقَاطِ ، وَكَذَا نَصُّهُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . « وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » فِي الْخَشَبَةِ الْكَبِيرَةِ »^(٣) .

قَوْلُهُ : وَمَنْ أَخَذَهَا ، ضَمِنَهَا . يَعْنِي ، إِذَا تَلَفَتْ ، « وَيُضْمَنُ نَقْصُهَا »^(٤) ، إِذَا تَعَيَّتْ ، لَكِنْ إِتْلَافُهَا لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ كَتَمَهَا ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مَا كَتَمَهَا وَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا كَغَاصِبٍ ، وَإِنْ كَانَ كَتَمَهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا بِقِيَمَتِهَا مَرَّتَيْنِ ،

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢ - ٢) في ط : « ونقص ضمناها » .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ الْحَيَوَانَ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِتْقَاطِ ، ضَمَنَهُ ، إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا إِذْنِ الشَّارِعِ . لَهُ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهِ إِلَى مَوْضِعِهِ ، لَمْ يَتَرَأَّ مِنَ الضَّمَانِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَتَرَأَّ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أُرْسِلُهُ إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَبْتَهُ فِيهِ ^(١) . وَجَرِيرٌ طَرَدَ [١٨١/٥] الْبَقْرَةَ الَّتِي لَحِقَتْ بِبَقَرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَعْصُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذِ الْبَقْرَةَ ، إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقَرِ فَطَرَدَهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . وَأَمَّا عُمَرُ ، فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَأَمَرَهُ بِرَدِّهَا إِلَى مَكَانِهَا كَأَخْذِهَا . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بَحِثُ تَثَبُّتِ يَدِهِ عَلَيْهَا لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ، سِوَاءِ طَرَدِهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا فِي ضَوَالِّ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أَنْ لَهُ أَخْذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

عَلَى الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ ؛ إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُضْمَنُ كَغَاصِبٍ ، وَنَصُّهُ ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، يُضْمَنُ ضَالَّةٌ مَكْتُومَةٌ بِالْقِيَمَةِ مَرَّتَيْنِ ؛ لِلخَبَرِ .

(١) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ مِنَ الضُّوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٧٥٩/٢ . وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٩٩/١ . وَانْظُرْ تَخْرِجَ حَدِيثِ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالًا » فِي صَفْحَةِ ١٩٣ .

فصل : وللاّمام أو نائبه أخذ الضّالة ليحفظها لصاحبها ؛ لأنّ عمر ،
رضي الله عنه ، حمى موضعاً يقال له النقيع لخيّل المجاهدين والضّوال ،
ولأنّ للإمام نظراً في حفظ مال الغائب ، وفي أخذ هذه حفظ لها عن
الهلاك . ولا يلزمه تعريفها ؛ لأنّ عمر ، رضي الله عنه ، لم يكن يعرف
الضّوال ، ولأنّه إذا عرف ذلك ، فمن كانت له ضالة فإنه يجرى إلى موضع
الضّوال ، فإذا عرف ضالته ، أقام البيّنة عليها وأخذها ، ولا يكتفى فيها
بالصفة ؛ لأنها ظاهرة بين الناس ، فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها ،
فلم تكن الصّفة دليلاً على ملكها . ولأنّ الضّالة كانت ظاهرة للناس
حين كانت في يد مالكها ، فلا يختصّ هو بمعرفة صفاتها دون غيرها ،
فلم يكن ذلك دليلاً ، ويمكنه إقامة البيّنة عليها لظهورها للناس ، ومعرفة
خلطائه وجيرانه تملكه إياها .

فصل : وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها لصاحبها ، لم يجز

فائدتان ؛ إحداهما ، قوله : فإن دفعها إلى نائب الإمام ، زال عنه الضّمان . بلا
نزاع . قال الحارثي^(١) : هذا يتبنّى على أنّ لنائب الإمام أخذها ابتداءً للحفظ .
وهو شيء قاله متأخرو أهل المذهب ؛ القاضي ، وابن عقيل ، والسامري ،
والمصنّف ، وغيرهم . وكذا لو أمره بردها إلى موضعها ، وردّها ، برئ . قاله في
«الفروع» وغيره . الثانية ، إذا أخذها الإمام أو نائبه منه ، لم يلزمه تعريفها . قاله
الأصحاب .

(١) في الأصل : « صاحب الحاوي » .

له ذلك ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ
مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ ، أَنَّ لَهُ أَخْذَهَا لِحِفْظِهَا ، كَالِإِمَامِ أَوْ
نَائِبِهِ ، «وَلَا يَصِحُّ» ؛ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ أَخْذَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ
قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِتْقَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ» الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ
وِلَايَةً ، وَهَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ . فَإِنْ وَجَدَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا ، كَأَرْضٍ
مُسْبَغَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكَتْ بِهِ ، أَوْ قَرِيْبًا مِنْ
دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ
الْمُسْلِمِينَ ، [١٨١/٥ ط] أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا وَلَا مَرْعَى ، فَالْأَوَّلَى جَوَازُ
أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى آخِذِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِنْقَازَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ،
فَأَشْبَهَ تَخْلِيصَهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِيقٍ ، وَإِذَا أَخْذَهَا سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ،
وَبَرِيءٍ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِيهَا .
فصل : وَيَسِمُ الْإِمَامُ مَا يَحْصُلُ عِنْدَهُ مِنَ الضَّوَالِّ بِأَنَّهَا ضَالَّةٌ ، وَيُشْهَدُ
عَلَيْهَا ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ حِمَى تَرَعَى فِيهِ تَرَكَهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى
الْمَصْلَحَةَ فِي بَيْعِهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَحْلِيَهَا وَيَحْفَظَ
صِفَاتِهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَرَكَهَا يُفْضَى
إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ دَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ فَأُطْعِمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَّصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لَتَرْجِعَ إِلَيْهِ ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَيَعْرِمُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالنَّفَقَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ بِمَا أَنْفَقَ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا فَسَيِّبُوهَا ، فَأَخَذَهَا فَأَحْيَاها ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ (عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ) ابْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ : فَقُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ دَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْيَاها رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاها » . وَلَأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِحْيَاها وَإِنْقَاذَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَمُحَافَظَتَهَا عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعُ لَذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ غَيْرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلِأَنَّهُ نُبَذَ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجَزًا عَنْ أَخْذِهِ ، فَمَلَكَه أَخْذُهُ ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السَّنْبِلِ ، وَسَائِرِ مَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَّصَهُ إِنْسَانٌ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ،

(١ - ١) في م : « عبد الله بن عبد الرحمن » . وانظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .

(٢) في : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ .

ولا يُخشى عليه التَّلَفُ كالخَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ؛ فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا
 لَمْ يُطْعَمْ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ [١٨٢/٥] السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ
 إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يَأْخُذْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ
 التَّخَلُّصُ إِلَى الْأَمَاكِينِ الَّتِي يَعِيشُ بِهَا ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ . وَلَهُ أَخْذُ الْعَبْدِ
 وَالْمَتَاعِ لِيُخَلِّصَهُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيسِ الْمَتَاعِ . نَصَّ عَلَيْهِ ،
 وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي وُجُوبِ
 الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَهُ بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا
 شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ،
 كَالْمُلْتَقِطِ ، وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا
 لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَجْرَ الْمِثْلِ . وَيُفَارِقُ هَذَا الْمُلْتَقِطَ ، فَإِنَّهُ لَمْ
 يُخَلِّصِ اللَّقْطَةَ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكْنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبُهَا
 فِي مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا ضَاعَ وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ
 إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَتَقَى جَعْلُ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظُ الْأَمْوَالِ مِنَ الْهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ
 مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبَقِ . وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا
 يَحْتُ عَلَى اخْتِذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا ، فَانْتَفَى بِهِ عَنِ
 الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتُ عَلَى تَخْلِيصِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ،
 وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ ، كَرَدُّ الْآبَقِ .

فصل : فَأَمَّا مَا أَلْفَاهُ رُكَّابُ الْبَحْرِ فِيهِ خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَعْلَمْ
 لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكُ

هذا مَنْ أَخَذَهُ . وهو قولُ اللَّيْثِ . وبه قال الحسنُ ، فيما أخرجه ، قال : وما نَصَبَ عنه الماءُ فهو لأهله . وقال ابنُ المُنْذِرِ : يَرُدُّهُ على أصحابه ، ولا شيءَ له . وَيَقْتَضِيهِ قولُ الشافعيِّ ، والقاضي ؛ لِمَا تَقَدَّمَ في الفصلِ قَبْلَهُ . وَيَقْتَضِي قولُ الإمامِ أبي عبدِ اللهِ ، أَنَّ لِمَنْ أَنْقَذَهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . قال شيخُنا^(١) : وَوَجْهُ ما ذَكَرْنَا مِنَ الاحْتِمَالِ أَنَّ هذا مالُ الْقَاهِ أصحابه فيما يَتَلَفُ بِيَقَائِهِ فيه اختِياراً منهم ، فَمَلَكَه مَنْ أَخَذَهُ ، كالذي أَلَقَوْهُ رَغْبَةً عنه ، ولأنَّ فيما ذَكَرُوهُ تَحْقِيقاً لِإِتْلَافِهِ ، فلم يَجْزُ ، كِمُباشَرَتِهِ بِالِإِتْلَافِ . فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ ، فَأَخْرَجَهُ قومٌ . فقال مالِكٌ : يَأْخُذُ أصحابُ المَتاعِ مَتاعَهُمْ ، ولا شيءَ للذين أصابوه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ، والقاضي . وعلى قياسِ نَصِّ أحمدَ يكونُ لِمُسْتَخْرِجِهِ هُنا أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ ذلكَ وَسِيلَةٌ إلى تَخْلِيصِهِ وَحِفْظِهِ لصاحِبِهِ وصِيانَتِهِ عن [١٨٢/٥ ظ] العَرَقِ ، فَإِنَّ العَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الأَجْرُ ، بادَرَ إلى التَّخْلِيصِ لِيُخْلَصَهُ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِغَيْرِ شيءٍ ، لم يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ في اسْتِخْرَاجِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بالأَجْرِ ، كَجَعْلِ رَدِّ الآبِقِ .

فصل : ذَكَرَ القاضي فيما إذا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا ، أو جاريةً ، أَنَّ قِيَّاسَ المَذْهَبِ أَنَّهُ لا يُمْلِكُ بالتَّعْرِيفِ . وقال الشافعيُّ : يُمْلِكُ العَبْدُ دُونَ الجاريةِ ؛ ولأنَّ التَّمْلِكَ بالتَّعْرِيفِ عنده أَقْبَرُ ، والجاريةُ عنده لا تُمْلِكُ بالقرضِ . قال شيخُنا^(١) : وهذه المسألةُ فيها نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ

الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ [٢٤٩ ظ] وَالْعَنَمِ ، ^{المقنع} وَالْفُضْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ .

بَحْرِيَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُعْبَرُ^(١) عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقَرَّ بِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ، لَاعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ لَسَيِّدِهِ .

(الثالثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْعَنَمِ ، وَالْفُضْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ^(٢)) فَيَجُوزُ التِّقَاطُهَا لِمَنْ يَقْصِدُ تَعْرِيفَهَا وَتَمَلُّكَهَا بَعْدَهُ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، وَقَوْلِهِ فِي الشَّاقِ : « خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّبِّ^(٣) » . ثَبَّتَ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَقَسْنَا عَلَيْهِ الْمَتَاعَ ، وَقَسْنَا عَلَى الشَّاقِ كُلَّ حَيَوَانٍ

قوله : الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْعَنَمِ ، وَالْفُضْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ . يَعْنِي ، يَجُوزُ التِّقَاطُهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ [٢٢٩/٢ ظ] . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : قُلْتُ : وَكَذَا مَرِيضٌ لَا يَنْبِئُ ، وَلَوْ كَانَ كَبِيرًا . وَعَنْهُ ، فِي شَاقٍ ، وَفَصِيلٍ ، وَعِجْلٍ ، وَفُلٍّ ، لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ . ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَعَنْهُ ، لَا يَلْتَقِطُ الشَّاةُ وَنَحْوَهَا إِلَّا الْإِمَامُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ فِي الْعَرُضِ رَوَايَةً ، لَا يَلْتَقِطُهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا يُعْبَرُ » .

(٢) الْأَفْلَاءُ : جَمْعُ فُلٍّ ، وَهُوَ وَلَدُ الْفَرَسِ .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٦ .

لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ الثَّعْلَبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالذُّئْبُ ،
وَوَلَدُ الْأَسَدِ ، وَنَحْوُهَا ، وَمِنْهُ الدَّجَاجُ ، وَالْإَوْزُ ، وَنَحْوُهَا ، يَجُوزُ
التِّقَاطُهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، لَيْسَ لِغَيْرِ الْإِمَامِ التِّقَاطُهَا ، يَعْنِي
الشَّاةَ وَنَحْوَهَا مِنَ الْحَيَوَانِ . وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : لَا اخْتَارُ أَنْ يَقَرَّبَهَا ،
إِلَّا أَنْ يُحَرِّزَهَا لِصَاحِبِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا
ضَالًّا » ^(١) . وَلَأنَّهُ حَيَوَانٌ ، أَشَبَّهَ الْإِبِلَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي
الشَّاةِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ .
وَلَأنَّهُ يُخَشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ وَالضِّيَاعُ ، أَشَبَّهَ لُقْطَةً غَيْرِ الْحَيَوَانِ ، وَحَدِيثُنَا

تَنْبِيهِ : شَمِلَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ، وَالْجَارِيَةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . قَالَ فِي
« الرُّعَايَةِ » : وَالْعَبْدُ الصَّغِيرُ كَالشَّاةِ . وَكَذَا كُلُّ جَارِيَةٍ تَحْرُمُ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَصِغَارُ الرَّقِيقِ مُطْلَقًا يَجُوزُ التِّقَاطُ . ذَكَرَهُ
الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ . قَالَ
الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ^(٢) : وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
فِيهَا نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ اللَّقِيطَ مُحْكَمٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَمَّنْ لَا يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقَرَّ ^(٣)
بأنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ،
لَا عُتِبَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدُهُ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ ،
وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ الصَّغِيرَ يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٣ .

(٢) المعنى ٣٤٩/٨ .

(٣) في الأصل : « فذلك » .

أَخَصُّ مِنْ حَدِيثِهِمْ ، فَخُصُّهُ بِهِ ، وَلَوْ قُدِّرَ التَّعَارُضُ قُدِّمَ حَدِيثُنَا ؛ لِأَنَّهُ أَصَحُّ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الْإِبِلِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ مَنَعَ التَّقَاتِهَا بِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي الْغَنَمِ ، ثُمَّ قَدْ فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا فِي خَبَرٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ مَا فَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا قِيَاسُ مَا أَمَرَ بِالتَّقَاتِهَا عَلَى مَا مَنَعَ مِنْهُ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَجِدَهَا بِمِصْرٍ أَوْ مَهْلَكَةٍ . [١٨٣/٥] وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِي الشَّاقَةِ تَوَجَدُ فِي الصَّحَرَاءِ : أَذْبَحُهَا وَكُلُّهَا . وَفِي الْمِصْرِ : ضُمُّهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ » . وَلَا يَكُونُ الذَّئْبُ فِي الْمِصْرِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِأَخْذِهَا ، وَلَمْ يَفَرِّقْ وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ ، وَلَوْ افْتَرَقَ الْحَالُ لَا سْتَفْصَلَ ، وَلَئِنْهَا لِقَطْعَةٌ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الْمِصْرُ وَغَيْرُهُ ، كَسَائِرِ اللَّقَطَاتِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَكُونُ الذَّئْبُ فِي الْمِصْرِ . قُلْنَا : كَوْنُهَا لِلذَّئْبِ فِي الصَّحَرَاءِ ، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهَا لِغَيْرِهِ فِي الْمِصْرِ . وَمَتَى عَرَفَهَا حَوْلًا مَلَكَهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً : أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا . وَلَعَلَّهَا الرُّوَايَةُ الَّتِي مَنَعَ مِنَ التَّقَاتِهَا فِيهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « هِيَ لَكَ » . أَضَافَهَا إِلَيْهِ بِلَاغِ التَّمْلِيكِ ، وَلِأَنَّ التَّقَاتِهَا مُبَاحٌ ، فَمِلِكْتُهَا بِالْتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ . وَقَدْ حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إِجْمَاعًا .

فَمَنْ لَا يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهَا وَلَمْ يَمْلِكْهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا . وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا .

٢٥٠٢ - مسألة : (فَمَنْ لَا يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا)
 فَإِنْ أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا (وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا) إِذَا التَّقَطَّ لِقُطَّةً ،
 عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بغيرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهَا
 بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِنْ أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سَوَاءً تَلَفَتْ بِتَفْرِيطٍ ، أَوْ بغيرِ
 تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَيْسَ لَهُ
 أَخْذُهُ ، فَهُوَ كَالْعَاصِبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا
 بِالتَّعْرِيفِ وَالِاتِّقَاطِ ، وَقَدْ وُجِدَا ، فَيَمْلِكُهَا بِذَلِكَ ، كَالِاضْطِیَادِ ،
 وَالِاخْتِشَاشِ ، إِذَا دَخَلَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغيرِ إِذْنِهِ فَاضْطَادَ أَوْ اخْتَشَّ مِنْهُ ، مَلَكَ
 الصَّيْدَ وَالْحَشِيشَ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، كَذَا هَهُنَا . وَلِأَنَّ عُمُومَ
 النَّصِّ يَتَنَاوَلُ هَذَا الْمُتَقَطَّ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ
 وَقَتَ الْإِتِّقَاطِ ، لَافْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ ، وَالصَّبِيِّ وَالسَّفِيهِ ؛
 لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الْإِتِّقَاطُ لِلتَّمْلِكِ لَا لِلتَّعْرِيفِ .

٢٥٠٣ - مسألة : (وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ،
 فَلَهُ أَخْذُهَا) لِمَا ذَكَرْنَا (وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا) قَالَه أَحْمَدُ . رُويَ مَعْنَى ذَلِكَ
 عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ ،

قوله : وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوَى عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَالْأَفْضَلُ
 تَرْكُهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ : إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ فَلَا فَضْلَ أَخْذِهَا .
المنع

وَعَطَاءٌ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِذَا وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا
(فَلَا فَضْلَ أَخْذِهَا) . وَهَذَا قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ . [١٨٣/٥ ط] وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَجِبُ
أَخْذُهَا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ
بَعْضٍ ﴾ ^(١) . وَإِذَا كَانَ وَلِيُّهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ .
وَمِمَّنْ رَأَى أَخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ .
وَأَخْذَهَا أَنَّى بْنُ كَعْبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ شَيْئًا لَهُ
بَالٌ ، يَأْخُذُهُ أَحَبُّ إِلَيْهِ وَيُعْرِفُهُ ؛ لِأَنَّ ^(٢) فِيهِ حِفْظَ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ
أَوْلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، كَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُثْمَرَ ، وَابْنِ
عَبَّاسٍ ، وَلَا يُعْرِفُ لهما مُخَالَفٌ فِي الصَّحَابَةِ ، وَلأنَّهُ يُعْرَضُ نَفْسُهُ لِأَكْلِ

« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَعِنْدَ
أَبِي الْخَطَّابِ ، إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ ، فَلَا فَضْلَ أَخْذِهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَظْهَرُ
الْأَقْوَالِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ وَجُوبَ
أَخْذِهَا ، وَهُوَ قَوِيٌّ فِي النَّظَرِ .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : وَقَوِيٌّ عَلَى تَعْرِيفِهَا . أَنَّ الْعَاجِزَ عَنِ التَّعْرِيفِ لَيْسَ لَهُ
أَخْذُهَا . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَكَذَا الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَأْمَنْ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَلَا يَمْلِكُهَا
بِالتَّعْرِيفِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِيهِ وَجْهٌ ، يَمْلِكُهَا . ذَكَرَهُ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ ، وَالْمَغْنَى : « الشَّافِعِيُّ » .

(٢) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٧١ .

(٣) فِي م : « وَلَأَنْ » .

وَمَتَّى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا .

الحَرَامِ ، وَتَضْيِيعِ الْوَاجِبِ مِنْ تَعْرِيفِهَا وَأَدَاءِ الْأَمَانَةِ فِيهَا ، فَكَانَ تَرْكُهُ أَوَّلَى وَأَسْلَمَ ، كَوَلَايَةِ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَغِي بِالصَّوَالِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، وَكَذَلِكَ وَلَايَةُ مَالِ الْإِيْتَامِ .

٢٥٠٤ - مسألة : (وَمَتَّى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ،) « أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا » إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ^(١) ، ضَمِنَهَا . رُوي

« الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ .

فائدة : لَوْ أَخَذَهَا بِنِيَّةِ الْأَمَانَةِ ، ثُمَّ طَرَأَ قَصْدُ الْخِيَانَةِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنُ ، كَمَا لَا يَضْمَنُ لَوْ كَانَ أَوْدَعَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا اخْتِيَارُ الْمُصَنِّفِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ . انْتَهَى . وَالثَّانِي ، يَضْمَنُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ الْأَشْبَهُ بِقَوْلِ أَصْحَابِنَا فِي التَّضْمِينِ بِمُجَرَّدِ اعْتِقَادِ الْكِتْمَانِ ، وَيُخَالِفُ الْمُودَعَ ، فَإِنَّهُ مُسَلِّطٌ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ : وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » حِكَايَةً عَنْ صَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » .

قوله : وَمَتَّى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا . اعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا التَّقَطُّعُ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ التَّقَاطُعُ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يَجُوزُ التَّقَاطُعُ ، ضَمِنَهَا ، إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْحَاكِمُ أَوْ نَائِبُهُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ ، بِلَا نِزَاعٍ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَجُوزُ التَّقَاطُعُ إِذَا رَدَّه ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ أَحَدِهِمَا ، لَمْ يَضْمَنُ ، وَإِنْ

(١ - ١) سقط من : م .

ذلك عن طاؤس ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا ضمان عليه ؛ لأنه روى عن عمر ، أنه قال لرجلٍ وجدٍ بغيراً : أرسله حيث وجدته . رواه الأثرم^(١) . ولما روى عن جرير بن عبد الله ، أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها ، فأمر بها فطردت حتى توارت^(٢) . ولنا ، أنها أمانة حصلت في يده ، لزمه حفظها ، وتركها تضييعها . فأما حديث عمر ، فهو في الضالة التي لا يحل أخذها . فإذا أخذه احتمل أن له رده إلى مكانه ، ولا ضمان عليه ؛ لهذه الآثار ، ولأنه كان واجباً عليه تركه في مكانه ابتداءً ، فكان له ذلك بعد أخذه . ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده ؛ لأنه دخل في ضمانه ، فلم يبرأ برده إلى مكانه ، كالمسروق ، وما يجوز التقاطه . فعلى هذا ، لا يبرأ إلا برده إلى الإمام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الإمام ، فإذا أمر برده . فهو كأخذه منه . وحديث جرير لا حجة فيه ؛ لأنه لم يأخذ البقرة ، ولا أخذها غلامه ، إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره . كذلك^(٣) يلزمه ضمانها إذا فرط فيها ؛ لأنها أمانة ، فهي كالوديعة .

كان بغير إذن ، فالصحيح من المذهب ، أنه يضمن . وقدمه في « الفروع » . الإناصاف
وقيل : لا يضمن . وهما احتمالان مطلقان في « المعنى » ، و « الشرح » . فعلى المذهب ، يزول عنه الضمان لو أخذها ودفعها إلى الإمام أو نائبه .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٧ .

(٣) في م : « ولذلك » .

فصل : فإن ضاعت اللقطة من ملقطها في حَوْلِ التعريف بغير تفريطٍ ، فلا ضمانَ عليه ؛ لأنها أمانة في يده ، فهي كالوديعة . فإن التفتها آخرُ ، فعلم أنها ضاعت من الأول [١٨٤/٥ و] فعليه ردُّها إليه ؛ لأنه قد ثبت له حقُّ التَّمُولِ وولايةُ التعريف والحفظ ، فلا يزول بالضياع . فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرَّفها حَوْلًا ، ملكها ؛ لأنَّ سببَ الملك وجدَّ منه من غيرِ عُدوانٍ ، فثبتَ الملكُ به ، كالأولِ ، ولا يملكُ الأولُ انتزاعها منه ؛ لأنَّ الملكَ مُقدَّمٌ على حقِّ التَّمَلُّك . فإذا جاء صاحبُها أخذها من الثاني ، وليس له مُطالبةُ الأولِ ؛ لأنه لم يُفَرِّط . وإن عَلمَ الثاني بالأولِ ، فردَّها إليه ، فأبى أخذها ، وقال : عرَّفها أنت . فعرفها ، ملكها أيضًا ؛ لأنَّ الأولَ تركَ حَقَّه ، فسقطَ . وإن قال : عرَّفها ، ويكونُ ملكُها لي . ففعلَ ، فهو نائبه في التعريف ، ويمليُّها الأولُ ؛ لأنه وَكَّله في التعريف ، فصَحَّ ، كما لو كانت في يدِ الأولِ . وإن قال : عرَّفها ، وتكونُ بيِّنًا . ففعلَ ، صَحَّ أيضًا ، وكانت بينهما ؛ لأنه أسقطَ حَقَّه مِن نِصْفِها ، وَوَكَّله في الباقي . وإن قصدَ الثاني بالتَّعريفِ تَمَلُّكها لِنَفْسِهِ دُونَ الأولِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُها الثاني ؛ لأنَّ سببَ الملك وجدَّ منه ، فملكها ، كما لو أذن له الأولُ في تعريفها لِنَفْسِهِ . والثاني ، لا يملكُها ؛ لأنَّ ولايةَ

فائدة : لو أخذ من نائم شيئًا ، لم يبرأ منه إلا بتسليمه له بعد انتباهه ، وكذلك السَّاهِي ^(١) .

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

التَّعْرِيفِ لِلأَوَّلِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ غَضَبَهَا مِنَ الْمُتَّقِطِ غَاصِبٌ فَعَرَّفَهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا عَلِمَ الثَّانِي بِالأَوَّلِ فَعَرَّفَهَا ، وَلَمْ يُعْلَمْ بِهَا . وَيُشَبِّهُ هَذَا مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا إِذَا سَبَقَهُ غَيْرُهُ^(١) إِلَى مَا حَجَّرَهُ ، فَأَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَأَمَّا إِنْ غَضَبَهَا غَاصِبٌ مِنَ الْمُتَّقِطِ فَعَرَّفَهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِأَخْذِهَا وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ سَبَبٌ تَمْلِكُهَا ، فَإِنَّ الْإِلْتِقَاطَ مِنْ جُمْلَةِ السَّبَبِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ . وَيُفَارِقُ هَذَا إِذَا التَّقَطَّهَا ثَانٍ ، فَإِنَّهُ وَجَدْ مِنْهُ سَبَبٌ^(٢) الْإِلْتِقَاطِ وَالتَّعْرِيفِ .

فصل : وَمَنْ اضْطَادَ سَمَكَةً مِنَ الْبَحْرِ ، فَوَجَدَ فِيهَا دُرَّةً أَوْ عَنَبَرَةً ، أَوْ شَيْئًا مِمَّا يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، فَهُوَ لِلصَّيَادِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَكُونُ فِي الْبَحْرِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾^(٣) . وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مِلْكِهَا لِغَيْرِهِ . فَإِنْ بَاعَهَا الصَّيَّادُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَوَجَدَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَطْنِهَا ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، فَمَا بَاعَهُ وَلَا رَضِيَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَنْ بَاعَ دَارًا لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ فِيهَا . فَإِنْ وَجَدَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْلَقُ فِي الْبَحْرِ ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَدَمِيِّ ، فَكَانَ لِقَطْعَةٍ ، كَمَا لَوْ وَجَدَهُ [١٨٤/٥ ط] فِي الْبَرِّ^(٤) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدُّرَّةِ وَالْعَنَبَرَةِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَثَرٌ لْأَدَمِيِّ ، كَالْمَثْقُوبَةِ ، وَالْمَتَّصِلَةِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) سورة فاطر ١٢ .

(٤) في النسخ : « البحر » .

بَذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا . أَوْ كَانَتِ الْعَنْبَرَةُ تُفَاحَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ ، مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ تَكُونُ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَعْ فِي الْبَحْرِ ، حَتَّى تَثْبُتَ الْيَدُ عَلَيْهَا ، فَهِيَ كَالدِّينَارِ ، فَمَتَى وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلَيْهِ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَقِطُهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرَى ، فَالْتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اضْطِيَادِهَا وَمِلْكِ الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاءَ وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ عَنْبَرَةً أَوْ ذَنَابِيرًا أَوْ دَرَاهِمَ ، فَهِيَ لُقْطَةٌ يُعَرَّفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ابْتَلَعَتْهَا مِنْ مِلْكِهِ ، فَيَبْدَأُ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مَنْ اشْتَرَى دَارًا فَوَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اضْطَادَ السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّاقِ ، فِي أَنْ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ عَادَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّهْرَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالْبَحْرِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ صَادَهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَبَتَّلَعَ ذَلِكَ فِي الْبَحْرِ ، ثُمَّ تَخَرَّجَ إِلَى النَّهْرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَّصِلًا بِهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ تَاكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ عَنْبَرَةً عَلَى السَّاحِلِ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنَّ الْبَحَرَ أَلْقَاهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِلْكِ فِيهَا ، فَكَانَتْ مُبَاحَةً لآخِذِهَا ، كَالصَّيْدِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ عِيَّاشٍ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرٍو

العَبْدَرِي^(١) ، قال : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنَبَةً مِثْلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بَعَدَنَ ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكَتَبَ إِلَيْنَا ، أَنْ خُذُوا مِنْهَا الْخُمْسَ ، وَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وَإِنْ بَاعُوا كُفُومَهَا فَاشْتَرُوهَا . فَأَرَدْنَا أَنْ نَزْنِهَا ، فَلَمْ نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاهَا ثِنْتَيْنِ وَوَزَنَّاها ، فَوَجَدْنَاهَا^(٢) سِتِّمَائَةَ رَطلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَيْنَاهَا بِخُمْسَةِ آلَافِ دِينَارٍ ، وَبَعَيْنَا بِهَا إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حَتَّى بَاعَهَا بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وَإِنْ صَادَ غَزَالًا فَوَجَدَهُ مَخْضُوبًا ، أَوْ فِي عُنُقِهِ خَرَزٌ ، أَوْ فِي أُذُنِهِ قُرْطٌ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً فِي الْبَحْرِ فَوَقَعَتْ فِيهَا سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتِ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ : فَإِنَّ السَّمَكَةَ لَهُ ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيَدْفَعُهَا [١٨٥/٥] إِلَى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ^(٣) مَمْلُوكَةً لَأَدَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةُ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُبَاحَةً ، وَلَمْ يَمْلِكْهَا صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ؛ لِكَوْنِ شَبَكَتِهِ لَمْ تُثَبِّتْهَا ، فَبَقِيََتْ عَلَى الْإِبَاحَةِ . وَهَكَذَا لَوْ نَصَبَ فَخًّا أَوْ شَرَكًا ، فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ مِنْ صُيُودِ الْبَرِّ فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، فَصَادَهُ آخَرُ ، فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ ، وَيَرُدُّ الْآلَةَ إِلَى صَاحِبِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ صَاحِبِهَا

(١) ق م : « الصدري » . وفي المعنى ٣١٨/٨ : « العبدى » . ولم نهند إليه .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

فهي لُقْطَةٌ . وقال أحمدٌ ، في رَجُلٍ انْتَهَى إلى شَرِكٍ فيه حِمَارٌ وَحْشٍ أو ظَبْيٌ قد شَارَفَ المَوْتَ ، فخلَّصَه وَذَبَحَه : فهو لصاحِبِ الحِبَالَةِ^(١) ، وما كان من الصَّيْدِ في الحِبَالَةِ^(٢) فهو لَمَن نَصَبَهَا ، وإن كان بَازِيًّا أو صَقْرًا أو عُقَابًا . وسُئِلَ عن بَازِيٍّ أو صَقْرٍ أو كَلْبٍ مُعَلِّمٍ أو فَهْدٍ ، ذَهَبَ عن صَاحِبِهِ ، فدَعَاهُ فلم يُجِبْهُ ، ومَرَّ في الأَرْضِ حَتَّى أَتَى لَدُنْكَ أَيَّامٌ ، فَأَتَى قَرِيَّةً ، فسَقَطَ على حَائِطٍ ، فدَعَاهُ رَجُلٌ فَأَجَابَهُ . قال : يَرُدُّهُ على صَاحِبِهِ . قيلَ له : فَإِنْ دَعَاهُ فلم يُجِبْهُ ، فنَصَبَ له شَرَكًا فصادَه به . قال : يَرُدُّهُ على صَاحِبِهِ . فجَعَلَهُ لصَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ قد مَلَكَه . فلم يَزُلْ مَلَكَهُ عنه بَذَاهِبِهِ ، والسَّمَكَةُ في الشَّبَكَةِ لم يَكُنْ مَلَكَهَا ولا حَازَهَا ، وكذلك جَعَلَ ما وَقَعَ في الحِبَالَةِ مِنَ الصَّقْرِ والعُقَابِ لصَاحِبِ الحِبَالَةِ^(٣) ، ولم يَجْعَلْهُ هَهُنَا لَمَن وَقَعَ في شَرِكِهِ ؛ لَأَنَّ هَذَا فيما عَلِمَ أَنَّهُ قد كان مَمْلُوكًا لِإنْسَانٍ فَذَهَبَ ، وَإِنَّمَا يُعَلِّمُ هَذَا بالخَبَرِ ، أو بوجُودِ ما يَدُلُّ على المِلْكِ فيه ، كوجُودِ السَّيْرِ في رَجُلِهِ أو آثارِ التَّعْلِيمِ ، مثل اسْتِجَابَتِهِ للَّذِي يَدْعُوهُ ، ونحو ذلك ، فَإِنْ لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فهو لَمَن صادَه ؛ لَأَنَّ الأَصْلَ إِبَاحَتُهُ وَعَدَمُ المِلْكِ فيه .

فصل : وَمَنْ أُخِذَتْ ثِيَابُهُ فِي الحَمَّامِ وَوَجَدَ بَدَلَهَا ، أو أُخِذَ مَدَاسُهُ وَتُرِكَ لَهُ بَدَلُهُ ، لم يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ . قال أحمدٌ ، في مَنْ سُرِقَتْ ثِيَابُهُ وَوَجَدَ غَيْرَهَا : لم يَأْخُذْهَا ، فَإِنْ أَخَذَهَا عَرَفَهَا سَنَةً ، ثم تَصَدَّقَ بِهَا . إِنَّمَا قال

(١) في الأصل : « الحَيُولَةُ » .

ذلك ؛ لأنَّ أَخْذَ الثَّيَابِ لَمْ تَقَعْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَالِكِهَا مُعَاوَضَةٌ تَقْتَضِي زَوَالَ مِلْكِهِ عَنْ ثِيَابِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا فَقَدْ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلَا يَعْرِفُ صَاحِبَهُ ، فَيَعْرِفُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ ، كَالصَّدَقَةِ بِاللُّقْطَةِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ فِي هَذَا ، فَإِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى السَّرِقَةِ ، بَأَنْ تَكُونَ ثِيَابُهُ أَوْ مَدَائِسُهُ خَيْرًا مِنَ الْمَتْرُوكِ لَهُ ، وَكَانَتْ مِمَّا لَا يَشْتَبُهُ عَلَى الْآخِذِ بِثِيَابِهِ وَمَدَائِسِهِ ، [١٨٥/٥ ظ] فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ إِنَّمَا جُعِلَ عَلَى الْمَالِ الضَّائِعِ مِنْ رَبِّهِ ، لِيَعْلَمَ بِهِ وَيَأْخُذَهُ . وَتَارِكُ هَذَا عَالِمٌ بِهِ رَاضٍ بِبَدَلِهِ عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، وَلَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ لَهُ ، فَلَا يَحْصُلُ مِنْ تَعْرِيفِهِ فَائِدَةٌ ، فَإِذَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيمَا يَصْنَعُ بِهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ، يَتَصَدَّقُ بِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الظَّاهِرِ تَرَكَهَا لَهُ بِإِذْنِهَا عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، فَصَارَ كَالْمُبِيعِ لَهُ أَخْذَهَا بِلِسَانِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ قَهَرَ إِنْسَانًا عَلَى أَخْذِ ثَوْبِهِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ دِرْهَمًا . وَالثَّالِثُ ، يَرْفَعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبْعَهَا وَيَدْفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا عَوَضًا عَنْ مَالِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَقْرَبُ إِلَى الرَّفْقِ بِالنَّاسِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا لِمَنْ سَرَقَتْ ثِيَابُهُ بِحُصُولِ عَوَضٍ عَنْهَا ، وَنَفْعًا لِلسَّارِقِ بِالتَّخْفِيفِ عَنْهُ مِنَ الْإِثْمِ ، وَحِفْظًا لِهَذِهِ الثَّيَابِ الْمَتْرُوكَةِ مِنَ الضَّيَاعِ ، وَقَدْ أَبَاحَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي مَنْ لَهُ عَلَى إِنْسَانٍ حَقٌّ مِنْ دَيْنٍ أَوْ غَضَبٍ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ إِذَا عَجَزَ عَنْ اسْتِيفَائِهِ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَهَهُنَا مَعَ رِضَاءٍ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ بِأَخْذِهِ

أُولَى . وإن كانت ثُمَّ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى أَنَّ الْآخِذَ لِلثِّيَابِ إِنَّمَا أَخَذَهَا ظَنًّا مِنْهَا ثِيَابُهُ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ الْمَتْرُوكَةُ مِثْلَ الْمَأْخُودَةِ أَوْ خَيْرًا مِنْهَا ، وَهِيَ مِمَّا تَشْتَبِهُ بِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرَّفَهَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَتْرُكْهَا عَمْدًا ، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الضَّائِعَةِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ بِهَا أَخَذَهَا وَرَدَّ مَا كَانَ أَخَذَهُ ، فَتَصِيرُ كَاللُّقْطَةِ فِي الْمَعْنَى ، وَبَعْدَ التَّعْرِيفِ إِذَا لَمْ تُعَرَفْ ، فَفِيهَا الْأَوْجُهُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ ، إِلَّا أَنَّنَا إِذَا قُلْنَا : يَا أَخُذْهَا أَوْ يَبِيعْهَا الْحَاكِمُ وَيَدْفَعْ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا . فَإِنَّمَا يَأْخُذُ بِقَدْرِ قِيمَةِ ثِيَابِهِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ فَاضِلٌ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلَمْ يَرْضَ صَاحِبُهَا بِتَرْكِهَا عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ غَيْرَهَا اخْتِيَارًا مِنْهُ لِتَرْكِهَا ، وَلَا رَضَى بِالْمُعَاوَضَةِ بِهَا . وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يَدْفَعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبِيعَهَا وَيَدْفَعْ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا . فَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا عَمَّا^(١) فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُسْقِطَ عَنْهُ مِنْ ثَمَنِهَا مَا قَابَلَ ثِيَابَهُ ، وَيَتَصَدَّقَ بِالْبَاقِي .

فصل : نَقَلَ الْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الدَّارِ وَالسَّائِكُنُ فِي دِفْنٍ فِي الدَّارِ ، فَقَالَ كُلُّ مِنْهُمَا : أَنَا دَفَنْتُهُ . يُبَيِّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا الَّذِي دَفَنَ ، فَكُلُّ مَنْ أَصَابَ الْوَصْفَ فَهُوَ لَهُ . [١٨٦/٥] وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَوْجَدُ مِنَ الدَّفْنِ فِي الْأَرْضِ مِمَّا عَلَيْهِ عِلَامَةُ الْمُسْلِمِينَ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ، وَاللُّقْطَةُ تُسْتَحَقُّ بِوَصْفِهَا ، وَلِأَنَّ الْمُصِيبَ لِلْوَصْفِ فِي الظَّاهِرِ هُوَ مَنْ كَانَ ذَلِكَ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَهُ أَجَنِبَيَانِ ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا .

فصل : وَمَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَكَانَ فِي جَيْشٍ ، فَقَالَ

وَهِيَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ حَيَوَانٌ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ،
وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ .

الشرح الكبير

أحمدُ : يُعَرَّفُهَا سَنَةً فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ يَطْرَحُهَا فِي الْمَقْسِمِ . إِنَّمَا عَرَّفَهَا
فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ مُبَاحَةٌ ، وَيجوزُ أَنْ تَكُونَ
لِمُسْلِمٍ ، وَقَدْ لَا يُمْكِنُ الْمَقَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لِتَعْرِيفِهَا . وَمَعْنَاهُ ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يُتِمُّ التَّعْرِيفَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأَمَّا ابْتِدَاءُ التَّعْرِيفِ فَيَكُونُ
فِي ^(١) الْجَيْشِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ لِأَحَدِهِمْ ، فَإِذَا قَفَلَ
أَتَمَّ التَّعْرِيفَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ دَارَهُمْ بِأَمَانٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرَّفَهَا
فِي دَارِهِمْ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَإِذَا لَمْ تُعَرَفْ مَلَكَهَا ، كَمَا يَمْلِكُهَا
فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ كَانَ فِي الْجَيْشِ ، طَرَحَهَا فِي الْمَقْسِمِ بَعْدَ
التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهَا بِقُوَّةِ الْجَيْشِ ، فَأَشْبَهَتْ مُبَاحَاتِ دَارِ الْحَرْبِ
إِذَا أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا . فَإِنْ دَخَلَ إِلَيْهِمْ مُتَلَصِّصًا فَوَجَدَ لُقْطَةً ، عَرَّفَهَا فِي دَارِ
الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ ^(١)
أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالُهُمْ غَنِيمَةٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٥٠٥ - مسألة : (وهى على ثلاثة أضرب ؛ حيوانٌ ، فيُخَيَّرُ بَيْنَ
أَكْلِهِ) فِي الْحَالِ (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ

قوله : وهى على ثلاثة أضرب ؛ أحدها ، حيوانٌ ، فيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ

(١) سقط من : م .

المقنع وهل يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

والإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ . وَهَلْ يَرْجِعُ) به ؟ (عَلَى وَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مُلْتَقِطَ الشَّاقِ وَمَا كَانَ مِثْلَهَا مِمَّا يُبَاحُ أَكْلُهُ ، يَتَخَيَّرُ مُلْتَقِطُهَا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَكْلُهَا فِي الْحَالِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْغَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا ، لَهُ أَكْلُهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ » . جَعَلَهَا لَهُ فِي الْحَالِ ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّئْبِ ، وَالذَّئْبُ لَا يُؤَخَّرُ أَكْلُهَا ، وَلَآنَ فِي أَكْلِهَا فِي الْحَالِ إِغْنَاءٌ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَحِرَاسَةٌ لِلْمَالِ عَلَيْهَا إِذَا جَاءَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا بِكَمَالِهَا ، وَفِي إِبْقَائِهَا تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا وَالْعَرَامَةِ فِي عَافِيهَا ، فَكَانَ أَكْلُهَا أَوْلَى . وَإِذَا أَرَادَ أَكْلُهَا حَفِظَ صِفَتَهَا ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا غَرِمَهَا لَهُ ، فِي قَوْلٍ عَامَّةٍ أَهْلُ الْعِلْمِ . [١٨٦/٥ ط] وَقَالَ مَالِكٌ : كُلُّهَا وَلَا غَرَمَ عَلَيْكَ لِصَاحِبِهَا وَلَا تَعْرِيفَ لَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُوجِبْ فِيهَا تَعْرِيفًا وَلَا غَرَمًا ، وَلَأنَّ سَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّئْبِ ، وَالذَّئْبُ لَا يَعْرِفُ وَلَا يَغْرُمُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكًا أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى قَوْلِهِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ

الإنصاف

قِيَمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : لَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهُ تَعْرِيفًا . وَمُرَادُهُ ، إِذَا اسْتَوَتْ الثَّلَاثَةُ عِنْدَهُ ، أَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُهَا أَحْظَ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ فِعْلُهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَفْعَلُ الْأَحْظَ لِلْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » فِي بَابِ الْوَدِيعَةِ ، أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ وَجَبَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَيَوَانِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحَاكِمِ ؛ إِنْ

الشرح الكبير

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث عبد الله بن عمرو : « رُدَّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتَهُ » ^(١) . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الشَّاةَ عَلَى مِلْكٍ صَاحِبِهَا . وَلِأَنَّهَا لِقِطَّةٌ لَهَا قِيَمَةٌ ، وَتَتَبَعُهَا النَّفْسُ ، فَتَجِبُ غَرَامَتُهَا لِصَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، كغَيْرِهَا ، وَلِأَنَّهَا مِلْكٌ لِصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ تَمَلُّكُهَا عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ الْبَنِيَانِ ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ يَجِبُ رَدُّهَا مَعَ بَقَائِهَا ، فَوَجِبَ غُرْمُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كَلِقِطَةِ الذَّهَبِ . وَكَوْنُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « هِيَ لَكَ » لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أَذِنَ فِي لِقِطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بَعْدَ تَعْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وَقَالَ : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ » ^(٢) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ . وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجَدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْمِصْرِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلَهُ فِي الصَّخْرَاءِ جَازَ فِي الْمِصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعَلَّلٌ بِمَا ذَكَرْنَا

رَأَى مِنَ الْمَصْلَحَةِ بَيْعُهَا وَحِفْظَ ثَمَنِهَا ، أَوْ بَيْعَ الْبَعْضِ فِي مُؤْنَةٍ مَا بَقِيَ ، أَوْ أَنْ يَسْتَقْرِضَ عَلَى الْمَالِكِ ، أَوْ يُوجِرَ فِي الْمُؤْنَةِ ، فَعَلَّ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : لَا يَبِيعُ بَعْضَ الْحَيَوَانِ . وَأَفْتَى أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ الزَّاعُونِيُّ بِأَكْلِهِ بِمَصْصِيَعَةٍ بِشَرْطِ ضَمَانِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ تَعَجِيلُ ذَبْحِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُطَلَّبُ . وَقَالَ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ

(١) أَخْرَجَهُ الطُّحَاوِيُّ . شَرْحَ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٣٥/٤ .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيفُهُ فِي صَفْحَةِ ١٨٦ . وَلَفْظُ : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ » لَيْسَتْ فِي مَصَادِرِ التَّخْرِيجِ إِلَّا عِنْدَ ابْنِ مَاجَةَ « فَهِيَ كَسَيْلِ مَالِكَ » .

من الاستِغناء عن الإنفاق عليها ، وهذا في المِضْرٍ أَشَدُّ منه في الصَّخْرَاءِ .
 الثاني ، تَرْكُهَا وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَلَا يَتَمَلَّكُهَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا وَلَمْ يُنْفِقْ
 عَلَيْهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَرَطَ فِيهَا . وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى
 صَاحِبِهَا ، فَإِنْ أَنْفَقَ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، رَجَعَ
 عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ،

الشرح الكبير

في « الفُصُولِ » ، وابنُ بَكْرٍ وَسَيِّدٌ : لَا يَتَصَرَّفُ قَبْلَ الْحَوْلِ فِي شَاةٍ وَنَحْوِهَا بِأَكْلِ
 وَلَا غَيْرِهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَنَحْوُهُ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » : وَضَالَّةُ
 الْعَنَمِ إِذَا أَخَذَهَا يُعَرِّفُهَا سَنَةً ، وَهُوَ الْوَاجِبُ ، فَإِذَا مَضَتْ السَّنَةُ ، وَلَمْ يَعْرِفْ
 صَاحِبَهَا ، كَانَتْ لَهُ مِثْلُ مَا التَّقَطَّ مِنْ غَيْرِهَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَدْ قَالَ الشَّرِيفَانِ ؛
 أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ : لَا تَمْلِكُ الشَّاةُ قَبْلَ الْحَوْلِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَكَذَا حَكَى
 السَّامَرِيُّ ، قَالَ : إِنْ كَانَتِ اللَّقْطَةُ حَيَوَانًا ، يَجُوزُ أَخْذُهُ كَالْعَنَمِ ، وَمَا حُكْمُهُ
 حُكْمُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا قَبْلَ الْحَوْلِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ
 الْحَيَوَانَ يُعَرَّفُ كَغَيْرِهِ ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، وَأَبَى
 الْبَرَكَاتِ [٢٣٠/٢] ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا يَنْفِي اخْتِيَارَ الْأَكْلِ ؛ لِأَنَّهُ
 تَمَلَّكَ عَاجِلًا . قَالَ ^(١) : وَهَذَا ، أَغْنَى الْحِفْظَ مِنْ غَيْرِ تَخْيِيرٍ ، هُوَ الصَّحِيحُ ،
 وَكَانَ قَالَ قَبْلَ ذَلِكَ : أَوْلَى الْأُمُورِ ، الْحِفْظُ مَعَ الْإِنْفَاقِ ، ثُمَّ الْبَيْعُ وَحِفْظُ
 ثَمَنِهِ ^(٢) ، ثُمَّ الْأَكْلُ وَغُرْمُ الْقِيَمَةِ . انْتَهَى . وَقَالَ نَاطِمُ الْمُفْرَدَاتِ :
 وَالشَّاةُ فِي الْحَالِ وَلَوْ فِي الْمِضْرِ تَمْلِكُ بِالضَّمَانِ إِنْ لَمْ يُتْرَ

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

في طيرة أفرخت عند قومٍ ، فقضى أن الفراح لصاحب الطيرة ، ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعاً . وقضى عمر بن عبد العزيز في من وجد ضالةً فانفق عليها ، فجاء ربها ، فإنه يغرم له ما أنفق ؛ وذلك أنه أنفق على اللقطة لحفظها ، فكان من مال صاحبها ، كمؤنة تجفيف الرطب والعنب . والثانية ، لا يرجع بشيء . [١٨٧/٥ و] وهو قول الشعبي ، والشافعي ، ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز ؛ لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه ، فلم يرجع به ، كما لو بنى داره ، ويفارق العنب والرطب ، فإنه قد يكون تجفيفه والإنفاق عليه أحظ لصاحبه ؛ لأن النفقة عليه لا تتكرر ، والحيوان يتكرر الإنفاق عليه ، فربما استغرق ثمنه ، فكان بيعه وأكله أحظ ، فلذلك لم يرجع المنفق عليها بما أنفق . الثالث ، بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها ، وله أن يتولى ذلك بنفسه . وقال بعض أصحاب الشافعي :

قوله : وهل يرجع بذلك ؟ على وجهين . وهما روايتان في « المجرد » ، الإنصاف و « الفصول » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « المستوعب » ، وغيرهم . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « المستوعب » ، و « الزركشي » ؛ أحدهما ، يرجع إذا نوى الرجوع . وهو المذهب ، نص عليه ، وصححه في « التصحيح » . قال الحارثي : والأصح الرجوع . والرجوع هو المنصوص في الآبق ، والآبق من نحو الضالة . وجزم به في « الوجيز » ، و « الإرشاد » . قال أبو بكر : يرجع مع ترك التعدي ، فإن تعدى ، لم يحسب له . والوجه الثاني ، لا يرجع . قال في « القاعدة الخامسة والسبعين » : إن كانت النفقة بإذن حاكم ، رجع ، وإن لم تكن بإذنه ، ففيه الروايتان . يعني اللتين في من أدى حقاً واجباً عن

يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا جازَ لَهُ أَكْلُهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ فَبِيعُهَا أَوَّلَى .
وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهَا تَعْرِيفًا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . وَلَمْ يَأْمُرْ
بِتَعْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ،
فَوَجِبَ تَعْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ ذِكْرَ تَعْرِيفِهَا ؛ لِأَنَّهُ
ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِ التَّعْرِيفِ فِيمَا سِوَاهَا ، فَاسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ،
وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ تَعْرِيفِهَا ، كَالْمَطْعُومِ ،
وَإِذَا أَرَادَ بَيْعُهَا أَوْ أَكْلُهَا ، لَزِمَهُ حِفْظُ صِفَتِهَا ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ،
وَسَنَدُ كُرْهِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ .

فصل : وَإِذَا أَكَلَهَا ثَبَتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ
الْفَائِدَةِ فِيهِ ، فَإِنَّهَا لَا تُنْقَلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَلَوْ عَزَلَ شَيْئًا
ثُمَّ أَفْلَسَ ، كَانَ صَاحِبُ اللُّقْطَةِ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصَّ بِالْمَالِ الْمَعْزُولِ .
فَأَمَّا إِنْ بَاعَهَا وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ
أَحَدٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ .

غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَنَوَى الرُّجُوعَ ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ الرُّجُوعُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي
بَابِ الضَّمَانِ ، فَكَذَا هُنَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَمِنْهُمْ مَنْ رَجَّحَ هُنَا عَدَمَ الرُّجُوعِ ؛
لِأَنَّهُ حَفِظَهَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّنًا ، بَلْ كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ بَيْعِهَا وَحِفْظِ ثَمَنِهَا . وَذَكَرَ ابْنُ
أَبِي مُوسَى ، أَنَّ الْمُتَلَقِّطَ إِذَا أَنْفَقَ غَيْرَ مُتَطَوِّعٍ بِالتَّقَفَّةِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ
مُحْتَسِبًا ، فَفِي الرُّجُوعِ رَوَايَتَانِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : إِنْ كَانَ بِإِذْنِ

الثَّانِي ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ ^{المقنع}

٢٥٠٦ - مسألة : (الثاني ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ ^{الشرح الكبير} وَأَكْلِهِ) إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ تَجْفِيفُهُ ؛ كَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُجَفَّفُ ، وَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْخَضِرَاوَاتِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُّ . فَإِنْ تَرَكَه حَتَّى تَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَرَّطَ فِي حِفْظِهِ ، فَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ ثَبَتَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الشَّاقِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : [١٨٧/٥ ط] لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ، جَازَ الْبَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ ، فَأَمَّا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِثْنَائِهِ فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَغَيْرِ الْحَاكِمِ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ الْمُتَلَقِّطِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ أُيِّحَ لِلْمُتَلَقِّطِ أَكْلُهُ ، فَأُيِّحَ لَهُ بَيْعُهُ ، كَالِهِ . وَمَتَى أَرَادَ بَيْعَهُ أَوْ أَكَلَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثُمَّ

حَاكِمٍ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَمْ يُشْهَدْ بِالرُّجُوعِ ، فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ ، ^{الإنصاف} وَإِنْ أَنْفَقَ مُحْتَاسِبًا بِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الرُّجُوعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .
قوله : الثَّانِي ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ . يَعْنِي ، إِذَا اسْتَوَى ، وَإِلَّا فَعَلَ الْأَحْظَ ، كَمَا تَقَدَّمَ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَهُ أَكْلُ الْحَيَوَانِ ، وَمَا يُخْشَى فَسَادُهُ بِقِيَمَتِهِ . قَالَ أَصْحَابُنَا . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : يَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنْ الْعُرُوضُ لَا تُمْلِكُ . أَنَّهُ ^(٢) لَا يَأْكُلُ ، وَلَكِنْ يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ .

(١) المغنى ٣٤٢/٨ .

(٢) في ط : « لِأَنَّهُ » .

تَجْفِيفُهُ ؛ كَالْعِنَبِ ، فَيَفْعَلُ مَا يَرَى الْحَظُّ فِيهِ لِمَالِكِهِ .

عَرَّفَهُ عَامًّا ، عَلَى مَا نَذَكُرُهُ . فَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ أَوْ نَقْصٍ ، أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ أَوْ نَقَصَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ تَلَفَ أَوْ نَقَصَ بِتَفْرِيطِهِ ، أَوْ تَلَفَتِ اللَّقْطَةُ بِتَفْرِيطِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَ بَعْدَ تَمَلُّكِهِ أَوْ نَقَصَ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا (يُمَكِّنُ تَجْفِيفُهُ ؛

وَذَكَرَ نَصًّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مَا لَا يَبْقَى ، قَالَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ . كَذَا أوردوا مُطْلَقًا . وَقَيَّدَ أَبُو الْخَطَّابِ بِمَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : عَرَّفَهُ بِقَدْرِ مَا يَخَافُ فُسَادَهُ ، ثُمَّ هُوَ بِالْخِيَارِ . قَالَ : وَقَوْلُهُ : بِقَدْرِ مَا يَخَافُ فُسَادَهُ . وَهَمٌّ ، وَإِنَّمَا هُوَ بِقَدْرِ مَا لَا يَخَافُ . قُلْتُ : وَتَابِعَ أَبَا الْخَطَّابِ عَلَى هَذِهِ الْعِبَارَةِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَجَمَاعَةٍ . وَمَشَى عَلَى الصَّوَابِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، فَقَالَ : عَرَّفَهُ ، مَا لَمْ يَخْشَ فُسَادَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْمَذْهَبُ الْإِبْقَاءُ ، مَا لَمْ يَفْسُدْ مِنْ غَيْرِ تَخْيِيرٍ ، عَلَى مَا مَرَّ نَصُّهُ فِي الشَّاعَةِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، فَإِذَا دَنَا الْفَسَادُ ، فَرَوَّايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، التَّصَدُّقُ بَعَيْنِهِ مَضْمُونًا عَلَيْهِ . وَالثَّانِيَةُ ، الْبَيْعُ وَحِفْظُ الثَّمَنِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأَطْلَقَهُمَا الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يَتَصَدَّقُ بِالثَّمَنِ . انْتَهَى . وَمَعَ تَعَذُّرِ الْبَيْعِ أَوْ الصَّدَقَةِ يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ . تَنْبِيهِ : حَيْثُ قُلْنَا : يُبَاعُ . فَإِنَّ الْبَائِعَ الْمُتَلَقِّطُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ سِوَاءَ كَانَ يَسِيرًا أَوْ كَثِيرًا ؛ تَعَذَّرَ الْحَاكِمُ أَوْ لَا . وَعَنْهُ ، بَيْعُ الْيَسِيرِ ، وَيَرْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْحَاكِمِ . وَعَنْهُ ، يَبِيعُهُ كُلَّهُ إِنْ فَقَدَ الْحَاكِمَ ، وَإِلَّا رَفَعَهُ إِلَيْهِ .

فَائِدَةٌ : لَوْ تَرَكَهُ حَتَّى تَلَفَ ، ضَمِنَهُ .

قَوْلُهُ : إِلَّا أَنْ يُمَكِّنَ تَجْفِيفَهُ ، كَالْعِنَبِ ، فَيَفْعَلُ مَا يَرَى فِيهِ الْحَظُّ لِلْمَالِكِ . أَيْ مِنْ

وَعَرَامَةُ التَّجْفِيفِ مِنْهُ . وَعَنْهُ ، يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَذْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْمَقْنَعِ الْحَاكِمِ .

الشرح الكبير كالْعِنَبِ (وَالرُّطْبِ ، فَيَنْظُرُ مَا فِيهِ الْحَظُّ لِمَالِكِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي التَّجْفِيفِ فَعَلَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَهُ فَعْلُ^(١) مَا فِيهِ الْحَظُّ لِمُصَاحِبِهِ ، كَوَلَّى التَّيْمِ .

٢٥٠٧ - مسألة : (وَعَرَامَةُ التَّجْفِيفِ مِنْهُ) وَلَهُ بَيْعُ بَعْضِهِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . فَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ رَجَعَ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ هَهُنَا لَا تُكْرَرُ ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّهَا تُكْرَرُ ، فَرُبَّمَا اسْتَوْعَبَتْ قِيَمَتَهُ ، فَلَا يَكُونُ لِمُصَاحِبِهَا حَظٌّ فِي إِمْسَاكِهَا إِلَّا بِإِسْقَاطِ النَّفَقَةِ . وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي بَيْعِهِ بِاعِهِ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كَالطَّعَامِ الرُّطْبِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفَهُ ، تَعَيَّنَ أَكْلُهُ ، كَالْبَطِيخِ^(٢) . وَإِنْ كَانَ أَكْلُهُ أَنْفَعَ لِمُصَاحِبِهِ ، فَلَهُ أَكْلُهُ أَيْضًا .

التَّجْفِيفُ وَالْبَيْعُ وَالْأَكْلُ . وَصَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الْكَافِي » . الْإِنْصَافُ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالسَّامَرِيُّ الْأَكْلَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ قَبْلَ انْقِضَاءِ التَّعْرِيفِ فِيمَا يَبْقَى ، وَهُوَ خِلَافُ الْأَصْلِ . وَاقْتَصَرُوا عَلَى الْأَحْظَ ؛ مِنَ التَّجْفِيفِ وَالْبَيْعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْأَقْوَى . وَقَالَ : وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، مِنْ رِوَايَةِ مُهَنَّا ، وَإِسْحَاقَ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا النَّوعِ وَالَّذِي قَبْلَهُ . وَكَذَا كَلَامُ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، قَالَ : فَيَجْرِي فِيهِ^(٣) مَا مَرَّ مِنَ الْخِلَافِ . انْتَهَى .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « كَالْبَطِيخِ » .

(٣) في ط : « مِنْهُ » .

المفنع **الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْمَالِ ، فَيَلْزَمُهُ حِفْظُهُ ، وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ**

الشرح الكبير قال شيخنا^(١) : وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنَّ الْعُرُوضَ لَا تُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ . وَأَنَّ^(٢) هَذَا كُلُّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، لَكِنْ يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَقَةِ بِهِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي مَنْ وَجَدَ فِي مَنْزِلِهِ طَعَامًا لَا يَعْرِفُهُ : يُعْرِفُهُ مَا لَمْ يَخْشَ فُسَادَهُ ، فَإِنْ خَشِيَ فُسَادَهُ ، تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ غَرَمَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فِي لُقْطَةٍ مَا لَا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَبِيعُهُ وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . وَلَنَا عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي ضَالَّةِ الْعَنَمِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ » . وَهَذَا تَجْوِيزٌ لِلْأَكْلِ . فَإِذَا جَازَ أَكْلُ مَا هُوَ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَفِيمَا^(٣) يَفْسُدُ بَبَقَائِهِ أَوَّلَى . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ (يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَذْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْحَاكِمِ) لِأَنَّ الْكَثِيرَ مَالٌ لغيرِهِ ، لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، فَيَكُونُ أَمْرُهُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَأَمَّا [١٨٨/٥ ر] الْيَسِيرُ فَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ ، وَيَشْقُ رَفْعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ ، وَرُبَّمَا تَضِيعُ عِنْدَ السُّلْطَانِ .

٢٥٠٨ - مسألة : (الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْمَالِ ، فَيَلْزَمُهُ حِفْظُهُ ، وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ

الإنصاف قوله : وَيُعْرَفُ الْجَمِيعُ - يَعْنِي وَجُوبًا - بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ

(١) في : 'المغني' ٣٤٢/٨ .

(٢) في النسخ : « وَأَنَّ » . وانظر ما يأتي في صفحة ٢٤٠ .

(٣) في م : « فَمَا » .

الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ [١٥٠] أَوْ نَفَقَةٌ . ^{المقنع}
وَأَجْرَةُ الْمُنَادِي عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ ،
وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ ، يَرْجِعُ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ .

في أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا ، مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ أَوْ نَفَقَةٌ . وَأَجْرَةُ
الْمُنَادِي عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ
حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ ، رَجَعَ بِالْأَجْرِ عَلَيْهِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ فُضُولًا
سِتَّةٌ : فِي وُجُوبِهِ ، وَقَدْرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ ، وَكَيْفِيَّتِهِ .
أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سِوَاءٍ أَرَادَ تَمْلِكَهَا أَوْ حِفْظَهَا
لصَاحِبِهَا ، إِلَّا فِي الْيَسِيرِ الَّذِي لَا تَتَّبِعُهُ النَّفْسُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لَصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ، وَأَبِيٌّ بْنُ كَعْبٍ ^(١) ، وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ حِفْظَهَا

شَيْءٌ أَوْ نَفَقَةٌ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَوَقْتُ التَّعْرِيفِ النَّهَارُ ، وَيَكُونُ فِي
الْأُسْبُوعِ الْأَوَّلِ ، فِي كُلِّ يَوْمٍ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ،
و « الرِّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : ثُمَّ مَرَّةً فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ مِنْ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَرَّةً فِي كُلِّ شَهْرٍ .
وَقِيلَ : عَلَى الْعَادَةِ بِالنَّدَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . قُلْتُ : وَهُوَ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ وَإِذَا أَخْبَرَ رَبَّ اللَّقْطَةَ بِالْعَلَامَةِ دَفَعَ إِلَيْهِ ، وَبَابِ هَلْ يَأْخُذُ اللَّقْطَةَ وَلَا يَدْعُهَا
تَضْيِيعٌ ... مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ
١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٥/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ
فِي اللَّقْطَةِ وَضَالَةُ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٤١/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ اللَّقْطَةِ ،
مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٣٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

لصاحبها إنما فائدته إيصالها إليه ، وطريقه التعريف ، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها ، فهو وهلاكها سبباً ، ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها ، فلم يَجْزُ ، كَرَدُّها إلى مَوْضِعِها ، أو إلقائها في غيره ، ولأنه لو لم يَجِبِ التعريف ، لما جاز الالتقاط ؛ لأن بقاءها في مكانها إذا أُقْرِبُ إلى وصولها إلى صاحبها ؛ إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها ، وإما بأن يأخذها من يعرفها ، وأخذ هذا لها يُفَوِّتُ الأمرين ، فيحرم ، فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف ، كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها ، وكذلك على^(١) من أراد حفظها ، فإن التملك غير واجب ، فلا تجب الوسيلة إليه ، فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه ؛ لصيانتها عن الضياع عن صاحبها ، وهذا موجود في محل النزاع .

الفصل الثاني ، في قدر التعريف ، وذلك سنة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن عمر رواية أخرى : يُعرفها ثلاثة أشهر . وعنه ثلاثة أعوام ؛ لأن أبا بن كعب روى أن النبي ﷺ أمره

الصواب ، ويكون ذلك على الفور . وقيل : يُعرفها بقرب الصخر ، وإذا وجدها فيها . قال في « الرعاية الكبرى » : قلت : في أقرب البلدان منه .

تنبيه : شمل قوله : ويُعرف الجميع . الحيوان وغيره . وهو أحد القولين .

(١) سقط من : م .

بَعْرِيفِ مِائَةِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةَ أَعْوَامٍ . وَقَالَ أَبُو أَيُّوبَ الْهَاشِمِيُّ^(١) : مَا دُونَ الْخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعَرَّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ : مَا [١٨٨/٥ ظ] دُونَ عَشْرَةِ دِرَاهِمٍ يُعَرَّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ فِي الدَّرْهَمِ : يُعَرَّفُهَا أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ . وَقَالَ إِسْحَقُ : مَا دُونَ الدِّينَارِ يُعَرَّفُهَا جُمُعَةً أَوْ نَحْوَهَا . وَرَوَى أَبُو إِسْحَقَ الْجَوْزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ التَّقَطَّ دِرْهَمًا أَوْ حَبْلًا ، أَوْ شِبْهَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرَّفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرَّفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ »^(٢) . وَلَنَا ، حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الصَّحِيحُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعَامٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا الْقَوَافِلُ ، وَيَمُضِي فِيهَا الزَّمَانُ الَّذِي تُقَصَّدُ فِيهِ الْبِلَادُ مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْإِعْتِدَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا ، كُمْدَةً أَجَلَ الْعَيْنِ^(٣) . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي ، فَقَدْ قَالَ الرَّاَوِي : لَا أَذْرى ثَلَاثَةَ أَعْوَامٍ ، أَوْ عَامًا وَاحِدًا . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّاَوِي فِي ذَلِكَ . وَحَدِيثُ يَعْلَى لَمْ يَقُلْ بِهِ قَائِلٌ عَلَى وَجْهِهِ ، وَحَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ وَأَبِي أَصَحُّ مِنْهُ وَأَوْلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ السَّنَةُ تَلِي الْإِلْتِقَاطَ ، وَتَكُونَ مُتَوَالِيَةً ؛

وَتَقْدَمُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، وَأَبَا الْحُسَيْنِ ، وَابْنَ عَقِيلٍ ، وَابْنَ بَكْرُوسٍ ، وَالشَّرِيفَيْنِ ، وَالْإِنصَافِ ، وَغَيْرَهُمْ قَالُوا : لَا يَتَصَرَّفُ فِي شَأْنٍ وَلَا فِي غَيْرِهَا [٢٣٠/٢ ظ] قَبْلَ الْحَوْلِ ، رِوَايَةٌ

(١) سليمان بن داود بن داود بن علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي ، أبو أيوب ، قال عنه أحمد بن حنبل : لو قيل لي : اختر للأمة رجلا ، اخترته . توفي سنة تسع عشرة ومائتين : تهذيب التهذيب ١٨٧/٤ ، ١٨٨ .
(٢) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٧٣/٤ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ . والمهشمي ، في : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ١٦٩/٤ .
(٣) العين : هو من لا يأتي النساء عجزًا ، أو لا يريدن .

لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا حِينَ سُئِلَ عَنْهَا ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْفَوْرَ ، وَلأنَّ الْقَصْدَ بِالتَّعْرِيفِ وَصُولُ الْخَبَرِ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضَيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لأنَّ صَاحِبَهَا فِي الْغَالِبِ إِنَّمَا يَطْلُبُهَا عَقِيبَ ضَيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَخْصِيسُ التَّعْرِيفِ بِهِ .

الفصل الثالث ، في زَمَانِهِ ، وَهُوَ النَّهَارُ دُونَ اللَّيْلِ ؛ لأنَّ النَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ وَمُلْتَقَاهُمْ ، بِخِلَافِ اللَّيْلِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي وَجَدَهَا وَالْأُسْبُوعَ ؛ لأنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، وَلَا يَجِبُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ مُتَوَالِيًا . وَقَدْ رَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَدْرٍ الْجُهَنِيِّ ، قَالَ : نَزَلْنَا مُنَاخَ رَكَبٍ فَوَجَدْتُ خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إِلَى عُمرَ ، فَقَالَ : عَرَفْتُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ أَمْسَكُهَا حَتَّى قَرَنَ السَّنَةَ ، وَلَا يَفِدُ مِنْ رَكَبٍ إِلَّا أَنْشَدْتُهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثُمَّ شَأْنُكَ بِهَا^(١) .

واحدة . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، تُعَرِّفُ الشَّاةُ . وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ لَمْ يَذْكُرُوا لِلْحَيَوَانِ تَعْرِيفًا . وَتَقَدَّمَ أَيْضًا ، أَنَّ مَا يُخْشَى فُسَادَهُ ، يُعَرَّفُ^(٢) بِمِقْدَارِ مَا لَا يُخَافُ فُسَادَهُ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ الْجَوْزِيِّ ، وَالسَّامُرِيِّ ، وَصَاحِبِ « التَّلْخِيسِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقي ، في : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩٣ .
(٢) سقط من : ط .

الفصل الرابع ، في مكانه ، وهو الأسواق ، وأبواب المساجد والجموع ، في الوقت الذي يجتمعون فيه ، كأدبار الصلوات في المساجد ، وكذلك في مجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ؛ ليظهر عليها صاحبها ، فيجب تحرر مجامع الناس ، ولا يُشدها في المسجد ؛ لأن المسجد لم يُبن لهذا . وروى أبو [١٨٩/٥ و] هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يُشَدُّ صَلَاتُهُ فِي الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ . فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَمْ يُبْنَ لِهَذَا »^(١) . وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

الفصل الخامس ، في كيفية تعريفها ، فيذكر جنسها لا غير ، فيقول : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ ذَهَبٌ ، أَوْ فِضَّةٌ ، أَوْ دَرَاهِمٌ ، أَوْ دَنَانِيرٌ ، أَوْ ثِيَابٌ . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، لواجد الذهب : قُلْ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها العَلَمَ صِفَتَهَا مَنْ يَسْمَعُهَا ، فلا تبقى صِفَتُهَا دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهَا ؛ لمشاركة مَنْ يَسْمَعُهَا لِلْمَالِكِ فِي ذَلِكَ ، ولأنه لَا يَأْمَنُ أَنْ يَدَّعِيَهَا مَنْ سَمِعَ صِفَتَهَا ، ويذكر صِفَتَهَا التي يجب دفعها بها ،

قال الحارثي : والأصح أنها تُعرفُ حَوْلًا .

تنبيه : ظاهرُ قوله : وأبواب المساجد . أنه لا يُعرفُها في نفس المساجد . وهو صحيح . بل يُكره ، على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » . وقال في « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : يخرم . وقاله ابن بطّة في إنشادها .

(١) تقدم تخريجه في ١١٩/٣ .

فَيَأْخُذُهَا ، فَتَقُوتَ عَلَى مَالِكِهَا .

الشرح الكبير

الفصل السادس ، في مَنْ يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، وَلِلْمُلْتَقِطِ تَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ، وَأَنْ يَسْتَتِيبَ فِيهِ ، فَإِنْ وَجَدَ مُتَبَرِّعًا بِذَلِكَ وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمُلتَقِطِ . وبهذا قال الشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ . واختارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ إِنْ قَصَدَ حِفْظَهَا لِمَالِكِهَا دُونَ تَمْلِكِهَا رَجَعَ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . وكذلك قال ابنُ عَقِيلٍ فيما لَا يُمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةٍ يُصَالِهَا إِلَى مَالِكِهَا ، فَكَانَ عَلَى مَالِكِهَا ، كَمُؤَنَةِ تَجْفِيفِهَا ، وَأَجْرَةُ مَخْزَنِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا أَجْرٌ وَاجِبٌ عَلَى الْمُعْرِفِ ، (فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لو قَصَدَ تَمْلِكُهَا) ، وَلِأَنَّهُ لو وَلِيَهُ بِنَفْسِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ عَلَى صَاحِبِهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِمِلْكِهَا ، فَكَانَ عَلَى الْمُلتَقِطِ ، كَمَا لو قَصَدَ تَمْلِكُهَا . وقال مالكٌ : إِنْ أُعْطِيَ مِنْهَا شَيْئًا لِمَنْ عَرَّفَهَا ، فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ ، كَمَا لو دَفَعَ مِنْهَا شَيْئًا لِمَنْ حَفَظَهَا . وقد ذَكَرْنَا الدَّلِيلَ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَثِمَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وقال في حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ

الإنصاف

فائدة : لو أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَثِمَ ، وَسَقَطَ التَّعْرِيفُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَخَرَجَ عَدَمُ السُّقُوطِ مِنْ نَصِّهِ عَلَى تَعْرِيفِ مَا يُوجَدُ مِنْ دِفْنِ الْمُسْلِمِينَ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ فِي « الْمُعْنَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . فَيَأْتِي بِهِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، أَوْ يُكْمَلُهُ إِنْ أَخْلَ بَعْضُ الْأَوَّلِ . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا عَدَا الْحَوْلَ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

حِمَارٍ : « لَا يَكْتُمُ وَلَا يُعَيِّبُ » ^(١) . ولأنَّ ذلكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يَعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ الْحَوْلِ يَسْلُو عَنْهَا وَيَنَاسُ ، فَيَتْرَكَ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بَتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لَا تَحْصُلُ بَعْدَهُ . فَإِنْ تَرَكَهُ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَهُ ، [١٨٩/٥ ظ] وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بَتَأْخِيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بَتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ ، وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَعْتٍ مِنَ الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِتْيَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ » ^(٢) . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا أُخِّرَ التَّعْرِيفُ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ، وَأَتَمَّهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا عَدَا الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمِلْكِ التَّعْرِيفُ فِيهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلِذَلِكَ لَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَّ بَعْضُ الطَّهَارَةِ فِي الصَّلَاةِ . فَأَمَّا إِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي

الْأَوَّلِ . وَكَذَا لَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ بَعْدَهُ . الْإِنْصَافُ
وَفِي الصَّدَقَةِ بِهِ الرَّوَايَاتَانِ اللَّتَانِ فِي الْعُرُوضِ . أَمَّا إِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ لَعَجَزَ عَنْهُ ؛ كَالْمَرِيضِ وَالْمَخْبُوسِ ، أَوْ لِنَسْيَانٍ وَنَحْوِهِ ، أَوْ ضَاعَتْ ، فَعَرَفَهَا فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، فَقِيلَ : يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ ، وَلَا يَمْلِكُهَا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَامِهِ فِي الصَّفْحَةِ بَعْدَ التَّالِيَةِ .

(٢) تَقَدَّمَ تَخْرِيْجُهُ فِي ١٨٨/٢ .

الشرح الكبير الحَوْلِ الْأَوَّلِ لَعَجْزِهِ عَنْهُ ؛ كَالْمَرِيضِ وَالْمَحْبُوسِ ، أَوْ لِنِسْيَانِ وَنَحْوِهِ ،
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ تَرَكَهُ لِغَيْرِ عُدْرٍ ؛ لِأَنَّ تَعْرِيفَهُ
فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ سَبَبُ الْمِلْكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي لَانْتِفَاءِ سَبَبِهِ ، سِوَاءِ أَنْتَفَى
لِعُدْرٍ أَوْ لِغَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْخَرْهُ
عَنْ وَقْتِ إِمْكَانِهِ ، أَشْبَهَ تَعْرِيفَهَا فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

فصل : وَمَتَى عَرَفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا فَلَمْ تُعْرِفْ ، مَلِكُهَا ، غَنِيًّا كَانَ أَوْ
فَقِيرًا ، رَوَى نَحْوُ^(١) ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى عَنْ

الإنصاف و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَقِيلَ : يَمْلِكُهَا ، وَلَا يَسْقُطُ
التَّعْرِيفُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .

قوله : وَأَجْرَةُ الْمُنَادِي عَلَيْهِ . يَعْنِي ، عَلَى الْمُتَلَقِّطِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ،
وَعَلَيْهِ جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ
الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِلْمَالِكِ ،
يَرْجِعُ بِالْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا لَا يُمْلِكُ

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

على ، وابن عباس ، والشعبي ، والنخعي ، وطائوس ، وعكرمة نحو ذلك . وقال مالك ، والحسن بن صالح ، والثوري ، وأصحاب الرأي : يتصدق بها ، فإذا جاء صاحبها خيراً بين الأجر والغرم ؛ لما روى أبو هريرة ، عن النبي ﷺ أنه سُئِلَ عن اللقطة ، فقال : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . وروى : « ثلاثة أحوال ، فإن جاء ربُّها ، وإلا تصدَّقَ بها ، فإذا جاء ربُّها ، فرضى بالأجر ، وإلا غرمها » ^(١) . ولأنها مال لمعضوم لم يرض بزوال ملكه عنها ، ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك ، فلم يزل ملكه عنه ، كغيرها . قالوا : وليس له أن يملكها . إلا أن أبا حنيفة قال : له ذلك . إن كان فقيراً من غير ذوى القربى ؛ لما روى عياض بن حمار المصاشعي ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لَقْطَةً فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ - أَوْ ذَوَى عَدْلٍ - وَلَا يَكُنْهُ وَلَا يُغَيَّبْ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيُرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رواه النسائي ^(٢) . قالوا : وما يُضافُ إلى الله

بالتعريف ، يرجعُ عليه بالأجرة . وذكر في « الفنون » أنه ظاهرُ كلام أصحابنا . الإيناف . وقيل : على ربِّها مطلقاً . وعند الحلواني وأبيه ، الأجرة من نفس اللقطة ، كما لو جفَّفَ العنب ونحوه . وقيل : من بيت المال ، فإن تعذَّر ، أخذها الحاكم من ربِّها .

(١) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الرضاع . سنن الدارقطني ١٨٢/٤ . وانظر : مصنف عبد الرزاق ١٣٨/١٠ ، ١٣٩ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٤٥٢/٦ .

(٢) في : باب الإِشهاد على اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٤١٨/٣ . كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٧/١ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، دَخَلَ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ .
وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذَلِكَ .

تعالى ، إِنَّمَا يَتَمَلَّكُهُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ هَذَا الْقَوْلِ ، فَأَنْكَرَهُ الْخَلَّالُ ، وَقَالَ : لَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ^(١) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « وَالْأَفْهَى كَسَائِرِ مَالِكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « ثُمَّ كُلْهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وَفِي لَفْظٍ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . فِي حَدِيثِ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ^(٢) . [١٩٠/٥ ط] وَفِي لَفْظٍ : « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٣) ، وَلَأَنَّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَرْضِ مَلِكَ اللَّقْطَةِ ، كَالْفَقِيرِ ، وَمَنْ جَازَ لَهُ الْإِتْقَاطُ مَلَكَ بِهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ ، وَحَدِيثُهُمْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَا نُقِلَ فِي كِتَابٍ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُوثَقُ بِهِ . وَدَعَوَاهُمْ فِي حَدِيثِ عِيَاضٍ أَنَّ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لَا يَتَمَلَّكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ ، لَا بُرْهَانَ لَهَا ، وَبُطْلَانُهَا ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ^(٤) .

٢٥٠٩ - مَسْأَلَةٌ : (فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذَلِكَ) نَصٌّ

قوله : فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ . هَذَا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٣) انظر مواضع هذه الألفاظ في : إرواء الغليل ٢١/٦ ، ٢٢ .

(٤) سورة النور ٣٣ .

عليه أحمد، في رواية الجماعة. وهو ظاهر كلام الخرقى؛ لقوله: «وإلا كانت كسائر ماله». وعند أبي الخطاب: لا تدخل في (١) ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي؛ فقال بعضهم كقولنا. وقال قوم: يملكها بالنية. ومنهم من قال: يملكها بقوله: اخترت ملكها. ومنهم من قال: لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها؛ لأن هذا تملك بعوض، فلم يحصل إلا باختيار الممتلك، كالقرض. ولنا، قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي كسائر مالك». وقوله: «فاستنفقها». ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له، ولم يجوز له التصرف قبله. وفي لفظ: «كلها». وهذه الألفاظ كلها تدل على ما قلنا، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تم، وجب أن يثبت به الملك حكماً،

المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، ونص عليه. قال في «عيون المسائل»: هذا الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام الخرقى، وصححه في «النظم» وغيره. قال الزركشي: نص عليه في رواية الجماعة، واختاره الجمهور. قال الحارثي: المذهب أن الملك قهري، يثبت عند انقضاء الحول، كالإرث. وقدمه في «الكافي»، و«شرح ابن رزين»، و«الشرح»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفروع»، وغيرهم. وجزم به في «العقد»، و«الوجيز»، و«المُنَوَّر»، وغيرهم. وعند أبي الخطاب، لا يملكه حتى يختار. وهو رواية ذكرها في «الواضح»، فيتوقف على الرضا، كالشراء.

(١) سقط من: م.

كالاِحياءِ والاضطِياِدِ . ولأنَّه سَبَبٌ يُمَلِّكُ به ، فلم يَقِفِ المَلِكُ بعَدَه على قَوْلِه ولا اخْتِيَارِه ، كسائرِ الأسبابِ ، وذلك لأنَّ المُكَلَّفَ ليس إليه إِلَّا مُباشَرَةُ الأسبابِ ، فإذا [١٩٠/٥] أتى بها ، ثَبَتَ الحُكْمُ قَهْرًا وجَبْرًا مِنْ اللّهِ عَزَّ وَجَلَّ ، غَيْرَ مَوْقُوفٍ على اخْتِيَارِ المُكَلَّفِ . فأَمَّا الافتِراضُ فهو السَّبَبُ في نَفْسِه ، فلم يَثْبُتِ المَلِكُ بِدُونِه . فعلى هذا ، لو التَّقَطَّها اثنان فَعَرَّفَاها حَوْلًا ، مَلَكَاها جَمِيعًا . فإن قُلْنَا : يَقِفُ المَلِكُ على الاختِيارِ . فاختارَ أَحَدُهُما دُونَ الآخَرِ ، مَلَكَ المُخْتَارُ نِصْفَهَا وحَدَه .

فصل : فإن رَأَيَاها مَعًا ، فأخَذَها أَحَدُهُما وحَدَه ، أو رَأَاهَا أَحَدُهُما ، فأعْلَمَ بها صاحِبَه ، فأخَذَها ، فهي لآخِذِها ؛ لأنَّ اسْتِحْقَاقَهَا بِالْأَخْذِ لا بِالرُّؤْيَةِ ، كالاِضْطِياِدِ . وإن قال أَحَدُهُما لصاحِبِه : هَاتِهَا . فأخَذَها لِنَفْسِه ، فهي له دُونَ الآمِرِ ، وإن أَخَذَها الآمِرُ فهي له ، كما لو وَكَّلَه في الاِضْطِياِدِ له .

تنبيه : قدَّمَ المُصَنِّفُ أنْ لِقَطَةَ الحَرَمِ كغَيرِها . وهو الصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ . قال الحارِثِيُّ : عَدَمُ الفَرْقِ هو المَشْهُورُ في المَذْهَبِ ، واختِيارُ أَكْثَرِ الأصْحَابِ ، ونَصٌّ عليه . قال الزُّرْكَانِيُّ : هو اخْتِيارُ الجُمْهُورِ . وقَدَّمَه في « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُرُوعِ » ، وغَيرِهِم . واختارَه ابنُ أَبِي مُوسَى ، والمُصَنِّفُ ، والشارِحُ ، وصاحبُ « النِّهايةِ » وغَيرُهُم ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وعنه ، لا تُمَلِّكُ لِقَطَةَ الحَرَمِ بِحالٍ . اختارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وغَيرُه مِنَ المُتَأَخِّرِينَ . قال في « الفائِقِ » أيضًا : وهو المُخْتَارُ . قال الحارِثِيُّ : وهو الصَّحِيحُ . وأطْلَقَهُما في « المُحَرَّرِ » . قال في « الاِنبِصارِ » : ونُقِلَ عنه ما يَدُلُّ

وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا تُمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ . وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَهَلْ لَهُ
الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥١٠ - مسألة : (وعن أحمد ، لَا تُمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ . وهو ظاهرُ
المَذْهَبِ . وهل له الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ على رِوَايَتَيْنِ) كُلُّ مَا جازَ النِّقَاطُهُ ،
مِلْكٌ بالتَّعْرِيفِ عِنْدَ تَمَامِهِ ، أَثْمَانًا كَانَ أَوْ غَيْرَهَا . وهو ظاهرُ كلامِ
الْخِرَقِيِّ . ونُقِلَ ذلكَ عن أحمدَ ، فرَوَى عنه محمدُ بنُ الحَكَمِ ، في الصِّيَادِ
يَقَعُ فِي شَبَكَةِ الْكَيْسِ أَوْ النُّحَاسِ ، يُعَرِّفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا
فَهُوَ كَسَائِرِ مَالِهِ . وهذا نصٌّ في النُّحَاسِ . وقال ابنُ أبي موسى : هل حُكْمُ
الْعُرُوضِ فِي التَّعْرِيفِ وَجَوَازِ التَّصَرُّفِ بَعْدَ ذَلِكَ حُكْمُ الْأَثْمَانِ ؟ عَلَى

الإنصاف على أَنَّ اللَّقْطَةَ لَا تُمْلِكُ مُطْلَقًا . قال الزَّرْكَشِيُّ : قلتُ : وهو غريبٌ لا تَفْرِيعَ عَلَيْهِ ،
وَلَا عَمَلٍ . وعنه ، يَتَمَلَّكُهَا فَقِيرٌ غَيْرَ ذَوِي الْقُرْبَى . قال في « الفائق » : وعنه ،
لَا يَمْلِكُ ، لَكِنْ يَأْكُلُهُ بَعْدَ الْحَوْلِ مَعَ فَقْرِهِ . نقله حَنْبَلٌ ، وَأَنْكَرَهُ الْخَلَّالُ .

تنبیه : قدَّم المَصْنُفُ ، أَنَّ غَيْرَ الْأَثْمَانِ كَالْأَثْمَانِ . وهو إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وهو
ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ . قال في « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : هذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
وصَحَّحَهُ النَّاطِمُ ، واختاره ابنُ أبي موسى ، والمَصْنُفُ ، وغيرُهما . قال في
« الفائق » : وهو الْمُخْتَارُ . قال ابنُ رَزِينٍ : هذا الْأَظْهَرُ . وقَدَّمَهُ في « الْكَافِي » ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرِهِمْ . وجَزَمَ بِهِ فِي
« الْعُمْدَةِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وعن أحمدَ ، لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ .
وهي ظاهرُ المذهبِ . وكذا قال في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، وغيرِهِمْ . قال في « الرَّعَايَةِ [٢٣١/٢] الْكُبْرَى » : هذا أَشْهَرُ .

رَوَيْتَيْنِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، أَنَّهَا كَالْأَثْمَانِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرْقًا بَيْنَ الْأَثْمَانِ وَالْعُرُوضِ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لَا تُمْلِكُ الْعُرُوضُ بِالْتَّعْرِيفِ . قَالَ الْقَاضِي : نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَصْنَعُ بِهَا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يُعْرَفُهَا أَبَدًا . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُقِيمَ عَلَى تَعْرِيفِهَا حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا ، وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَرَى رَأْيَهُ فِيهَا . وَهَلْ لَهُ يَتَّعُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ وَالصَّدَقَةِ بِهَا ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ ، كَمَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ بِالْعُصُوبِ الَّتِي لَا يُعْرَفُ أَرْبَابُهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَظْهَرَ صَاحِبُهَا فَيَأْخُذَهَا . وَقَالَ الْخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُعْرَفُ سَنَةً وَيَتَصَدَّقُ بِهِ ، وَالَّذِي رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُعْرَفُهَا أَبَدًا ، قَوْلٌ قَدِيمٌ

قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » : وَتُمْلِكُ الْأَثْمَانُ ، وَلَا تُمْلِكُ الْعُرُوضُ ، عَلَى الْأَصَحِّ . انْتَهَى . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » : اخْتَارَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْقَاضِي : نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ نَازِمُ الْمُفْرَدَاتِ ، فَقَالَ :

مُلْتَقِطُ الْأَثْمَانِ مُذْ عَرَفَهَا حَوْلًا فَقَهْرًا ذُو الْغَنَى يَمْلِكُهَا

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَعَنْهُ ، وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الثَّقَلِ ، وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ الشَّاةَ وَنَحْوَهَا تُمْلِكُ دُونَ الْعُرُوضِ . انْتَهَى .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٠٣/٨ .

الشرح الكبير

رَجَعَ عَنْهُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ مِثْلَ قَوْلِهِمْ . وَلَأنَّهَا لِقِطَّةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَلَا تُمْلِكُ فِي غَيْرِهِ ، كَالْإِبِلِ . وَلَأنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي الْأَثْمَانِ ، وَغَيْرُهَا لَا يُسَاوِيهَا ؛ لَعَدَمِ الْعَرَضِ الْمُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا ، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ

قوله : وهل له الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . يَغْنَى ، عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَ الْأَثْمَانِ . وَعَلَى هَذَا ، قَالَ الْأَصْحَابُ ؛ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ : إِنْ شَاءَ ، سَلَّمَ إِلَى الْحَاكِمِ وَبَرِيٍّ ، وَإِنْ شَاءَ ، لَمْ يُسَلِّمْ ، وَعَرَفَهَا أَبَدًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ ، لَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ ، وَهَلْ لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » هُنَا ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ الصَّدَقَةُ بِهَ بَشَرِطِ الضَّمَانِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُعَرِّفُهَا سَنَةً ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : هُوَ الْمَنْصُوصُ أُخِيرًا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : يَتَصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، بَلْ يُعَرِّفُهَا أَبَدًا . (نَقَلَهُ عَنْهُ طَاهِرُ بْنُ مُحَمَّدٍ^(١)) ، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ فِي الْعُصْبِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ : وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتَصَدَّقُ . انْتَهَى . لَكِنْ قَالَ الْخَلَّالُ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ ، وَكُلُّ مَنْ رَوَى عَنْهُ ، رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ

(١-١) سقط من : الأصل . وهو طاهر بن محمد بن نزار ، أبو الطيب ، أحد أصحاب الإمام أحمد . طبقات الحنابلة ١٧٩/١ .

في اللَّقْطَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ، فَقَالَ : [١٩١/٥ و] « عَرَفُهَا سَنَةً » . ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . أَوْ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وَفِي

الشرح الكبير

يُعرفُهَا سَنَةً ، (وَيَتَصَدَّقُ بِهَا)^(١) . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ؛ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَسِيرًا ، بَاعَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، رَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ ، وَقَالَ : نَقَلَهُ مُهْنًا ، وَرَدَّهَ الْمَجْدُ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالتَّسْعِينَ » . وَتَقَدَّمَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَنَظَائِرُهَا فِي أَوَاخِرِ الْغَضَبِ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : تَلَخَّصَ لَنَا مِمَّا تَقَدَّمَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ اللَّقْطَةَ تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ قَهْرًا ، كَالْمِيرَاثِ ، حَيْثُ قُلْنَا : تُمْلِكُ . وَأَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ لَقْطَةِ الْحَرَمِ وَغَيْرِهَا ، وَأَنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : لَا يَمْلِكُ غَيْرَ الْأَثْمَانِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . لَكِنْ عَلَى الْمُصْطَلَحِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي الْخُطْبَةِ ، يَكُونُ الْمَذْهَبُ الْمِلْكُ فِي الْكُلِّ قَهْرًا .

فَائِدَةٌ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَتَوَجَّهُ الرَّوَايَتَانِ الْمُتَقَدِّمَتَانِ اللَّتَانِ فِي الصَّدَقَةِ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ ، أَنْ يَأْتِيَا فِي مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ مِنَ اللَّصُوصِ ، إِذَا لَمْ يُعْرِفْ رَبَّهُ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ اتَّقَطَّ اثْنَانِ ، وَعَرَفَا ، مَلَكَاها . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالِاخْتِيَارِ ، لَوْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ ، مَلَكَ النِّصْفَ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ رَأَى اللَّقْطَةَ اثْنَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ : هَاتِيهَا ، فَأَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لِلْآخِذِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا لِلْآمِرِ ، فَهِيَ لَهُ ، أَعْنَى لِلْآمِرِ ، كَمَا فِي التَّوَكِيلِ فِي الْأَصْطِيَادِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

حَدِيثِ عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ : « مَنْ وَجَدَ لَقْطَةً » . وَهُوَ لَقْظُ عَامٍ . وَقَدَرَوِي الْجُوزْجَانِي ، وَالْأَثَرُمُ فِي كِتَابَيْهِمَا : ثنا أَبُو نُعَيْمٍ ، ثنا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ ، قَالَ : حَدَّثَنِي عُمَرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ الْمُعْتَادِ ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ قَالَ : « عَرَفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ ، وَإِلَّا فَشَانَكَ بِهِ » ^(١) . وَرَوَى أَنْ سُفْيَانَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَجَدَ عَيْبَةً ^(٢) ، فَأَتَى بِهَا عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ : عَرَفْتُهَا سَنَةً ، فَإِنْ عُرِفَتْ وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ . زَادَ الْجُوزْجَانِي : فَلَمْ تُعْرَفْ ، فَلَقِيَ بِهَا الْعَامَ الْمُقْبِلَ ^(٣) فَذَكَرَ هَالَهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : هِيَ لَكَ ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ . وَرَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٤) . وَهَذَا نَصٌّ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ . وَرَوَى الْجُوزْجَانِي بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ الْحُرِّ بْنِ الصَّيَّاحِ ^(٥) ، قَالَ : كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ ، إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ : إِنِّي وَجَدْتُ هَذَا الْبُرْدَ ، وَقَدْ نَشَدْتُهُ وَعَرَفْتُهُ ، فَلَمْ يَعْرِفْهُ أَحَدٌ ، وَهَذَا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، يَوْمٌ يَتَفَرَّقُ النَّاسُ . فَقَالَ : إِنْ شِئْتَ قَوْمَتَهُ قِيمَةً عَدْلٍ وَلَيْسَتْهُ ، وَكُنْتُ لَهُ ضَامِنًا ، مَتَى جَاءَ صَاحِبُهُ دَفَعْتَ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ

الإنصاف

- (١) أخرجه النسائي ، في : باب المعدن ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٣٣/٥ .
 (٢) العيبة : وعاء من خوص ونحوه ، أو وعاء من جلد ونحوه يكون فيه المتاع .
 (٣) سقط من : م .
 (٤) في : باب ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٤٢١/٣ . كما أخرجه الطحاوي ، في : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجازات . شرح معاني الآثار ١٣٧/٤ ، ١٣٨ .
 (٥) في م : ٥ : الصباح :

لم يَجِبْ لَهُ طَالِبٌ فَهُوَ لَكَ إِنْ شِئْتَ . وَلَأَنْ مَا جازَ التِّقَاطُهُ مُلْكٌ بِالتَّعْرِيفِ ،
 كالأَثْمَانِ ، وما حَكَوْهُ عَنِ الصَّحَابَةِ إِنْ صَحَّ ، فقد حَكَيْنَا عَنْ عُمَرَ وَأَبْنِهِ
 خِلَافَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لِقُطْعَةٌ لَا تَمْلِكُ فِي الْحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثم هُوَ مَنْقُوضٌ
 بِالْأَثْمَانِ ، وقياسُها على الإِبِلِ لَا يَصِحُّ ؛ لَأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرُدُّ
 الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَأْتِيَهَا رَبُّهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهَا ، وَلَأَنَّ
 الإِبِلَ لَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَلَا تَمْلِكُ ، وَهُنَا يَجُوزُ التِّقَاطُهَا ، فَتَمْلِكُ بِهِ ،
 كالأَثْمَانِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّصَّ خَاصٌّ فِي الْأَثْمَانِ . قُلْنَا : بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي
 كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِعُمُومِهِ ، وَإِنْ وَرَدَ فِيهَا نَصٌّ خَاصٌّ ، فَقَدْ رُوِيَ
 خَبَرٌ عَامٌّ ، فَيُعْمَلُ بِهِمَا ، ثُمَّ قَدْ رَوَيْنَاهُ فِي الْعُرُوضِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ،
 كَمَا وَجَبَ الْعَمَلُ بِالْخَاصِّ فِي الْأَثْمَانِ ثُمَّ لَوْ اخْتَصَّ الْخَبَرُ بِالْأَثْمَانِ ، لَوَجَبَ
 أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ النُّصُوصِ الَّتِي عُقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ
 فِي^(١) غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجَدَ الْمَعْنَى ، فَيَجِبُ قِيَاسُهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ
 عَلَيْهِ ، بَلِ الْمَعْنَى هُنَا آكَدُ ، فَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ^(٢) .
 [١٩١/٥ ظ] بَيَّانُهُ أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَلَفُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا وَانْتِظَارِ صَاحِبِهَا
 بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ تَتَلَفُ بِذَلِكَ ، فَفِي النَّدَاءِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا وَضَيَاغُ
 مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَمُلْتَقِطِهَا وَسَائِرِ النَّاسِ ، وَفِي إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا
 وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ حِفْظٌ لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيمَتِهَا إِلَيْهِ ، وَنَفْعٌ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « البينة » .

وَعَنْهُ ، لَا تُمْلِكُ لُقْطَةَ الْحَرَمِ بِحَالٍ .

المقنع

الشرح الكبير

لغيره ، فَيَجِبُ ذَلِكَ ؛ لَتَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ «(عن إضاعة المال)» ، ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ، ولأنَّ في إثبات الملك حثًّا على التقاطها وحفظها وتعريفها ؛ لكونه وسيلة إلى الملك المقصود لا آدمي ، وفي نفى ملكها تضييع لها ، لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلف من غير نفع يصل إليه ، فيؤدِّي إلى أن لا يلتقطها أحدٌ ، فتضييع . وما ذكره^(١) في الفرق ملغى في الشاة ، فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة ، فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والأصل ، ثم نقبِّل دليلهم فنقول : لُقْطَةُ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فما أبيض التقاطه منها مُلْكٌ إذا كان في الحِلِّ ، وما لا يباح لا يملك ، كالإبل .

٢٥١١ - مسألة : وعن أحمد ، أن (لُقْطَةَ الْحَرَمِ لَا تُمْلِكُ بِحَالٍ) المشهور عن أحمد وفي المذهب ، أن لُقْطَةَ الْحَرَمِ والحِلِّ سواء . وهو ظاهر كلام الخِرَقِي . روى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وابن المسيب . وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة . وروى عن أحمد ، أنه لا يجوز التقاط لُقْطَةِ الْحَرَمِ للتَّمْلِكِ ، ويجوز لحفظها لصاحبها ، فإن التَّقْطُاعَ عَرَفَهَا أَبَدًا حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُهَا . وهو قول عبد الرحمن بن مهدي ، وأبي عبيد . وعن الشافعي كالمذهبيين ؛ لقول النبي ﷺ في مكة : « لَا

(١-١) سقط من : م .

(٢) في م : ذكره .

تَحِلُّ سَاقِطُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ^(١) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَالْمُنْشِدُ الْمُعَرِّفُ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣) . وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ . وَيُنْشَدُ :

* إِصَاخَةُ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ^(٤) *

فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : لَا تَحِلُّ لُقْطَةُ مَكَّةَ إِلَّا لِمَنْ يُعَرِّفُهَا ؛ لِأَنَّهَا خُصِّتْ بِهَذَا مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْبُلْدَانِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لُقْطَةِ الْحَاجِّ . قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْنِي يَتْرُكُهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْحَرَمَيْنِ ، أَشْبَهَ حَرَمَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَخْتَلَفْ حُكْمُهَا بِالْحِلِّ وَالْحَرَمِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يُرِيدُ إِلَّا لِمَنْ عَرَفَهَا عَامًّا .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب وقال الليث حدثنى يونس ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها وخلوها ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ٤٦٥/١ . والنسائى ، فى : باب النبى أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ١٦٦/٥ . وابن ماجه ، فى : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٨/٢ . والدارمى ، فى : باب النبى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ .

(٢) فى غريب الحديث ١٣٣/٢ .

(٣) عجز بيت للمثقب العبدى . ديوانه ٤١ . وصدره :

* يصيخ للنبأ أسماعه *

(٤) فى كتاب اللقطة ، سنن أبى داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب فى لقطة الحاج ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٩٩/٣ .

فَصْلٌ : وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ،
وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ
وَجْدَانِهَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا .

[١٩٢/٥ و] وَتَخْصِيصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ
الْمُؤْمِنِ حَرَقَ النَّارِ »^(١) وَضَالَّةُ الذِّمِّيِّ مَقِيسَةٌ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : (وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ،
وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ
وَجْدَانِهَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا) لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ زَيْدٍ : « اعْرِفْ
وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا »^(٢) . وَقَالَ فِي حَدِيثِ أَبِي بَنْدَةَ : « اعْرِفْ
عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً »^(٣) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بَنْدَةَ

قوله : وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي اللَّقْطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وَعَاءَهَا ، وَوِكَاءَهَا ، وَقَدَرَهَا ،
وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا ، وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وَجْدَانِهَا . الْأَوَّلَى مَعْرِفَةُ ذَلِكَ عِنْدَ
التَّقَاطُطِ ، وَإِنْ أُخِّرَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ إِلَى مَجِيءِ صَاحِبِهَا ، جَازٌ ، فَإِنْ لَمْ يَجِئْ ، وَأَرَادَ
التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَتَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ خَلْطَهَا
بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى »^(٤) : تَجِبُ حَالَةُ الْأَخْذِ وَجُوبًا
مُوسَعًا ، وَحَالَةُ إِرَادَةِ التَّصَرُّفِ وَجُوبًا مُضَيَّقًا .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩٣ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٤) المغنى ٣٠٨/٨ .

كَعْبٍ ، أَنَّهُ قَالَ : وَجَدْتُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : « عَرَفْتُهَا حَوْلًا » . فَعَرَفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَرَجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا وَاخْلِطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . فَفِي هَذَا الْحَدِيثِ أَمْرُهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمْرُهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ^(١) التَّقَاطُطِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا ، وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِيَحْصُلَ عِنْدَهُ

الشرح الكبير

فائدة : الوعاء هو ظرفُها . والوكاء ، هو الخيطُ الذي تُشدُّ به . والعِفاصُ ، قال في « المُستَوْعَبِ » : هو الشَّدُّ والعَقْدُ . وقيل : هو صِمامُ القَارُورَةِ . وذكر ابنُ عَقِيلٍ في « التَّذَكِيرَةِ » ، أَنَّهُ الصُّرَّةُ ، وَهُوَ ظَرْفُهَا . قال الزُّرْكَشِيُّ : هو الوعاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ ؛ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا .^(٢) وقال في « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : الْوِكَاءُ ، مَا يُشَدُّ بِهِ . وَالْعِفاصُ ، هُوَ صِفَةُ شَدِّهِ وَعَقْدِهِ . وقيل : بل سِدَادَةُ الْقَارُورَةِ . وقيل : بل الْوِعَاءُ . انتهى^(٣) . قال الْحَارِثِيُّ : الْعِفاصُ مَقُولٌ عَلَى الْوِعَاءِ ، وَوَرَدَ ، اخْفَظْ عِفاصَهَا وَوِعَاءَهَا . وَالْعِفاصُ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، صِمامُ الْقَارُورَةِ ، أَيْ الْجِلْدُ الْمَجْعُولُ عَلَى رَأْسِهَا ، يُقَالُ عَلَيْهِ أَيْضًا ، فَيَتَعَرَّفُ الْوِعَاءُ ، كَيْسًا هُوَ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهَلْ هُوَ مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ جُلُودٍ أَوْ وَرَقٍ ؟ وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَتَعَرَّفُ ، هَلْ هُوَ لِإِبْرَيْسَمَ ، أَوْ كَثَّانٍ ؟ وَإِنْ كَانَ ثِيَابًا ، تُعَرَّفُ لِفَائِئُفِهَا ، أَوْ مَائِعًا ، يُتَعَرَّفُ ظَرْفُهُ ، خِرْقٌ ، أَوْ خَشَبٌ ، أَوْ جِلْدٌ . وَيُتَعَرَّفُ الْوِكَاءُ ، وَهُوَ مَا يُرَبِّطُ بِهِ ، أَسِيرٌ ، أَمْ خَيْطٌ ، أَمْ شَرَابَةٌ ؟ قال القاضي ، [٢٣١/٢ ظ] وابنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا : وَيَتَعَرَّفُ الرِّبْطُ ، هَلْ هُوَ عُقْدَةٌ أَوْ عُقْدَتَانِ ، وَأَنْشُوطَةٌ أَوْ غَيْرُهَا ؟

الإيضاح

(١) في م : « بعين » .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

عَلِمَ ذَلِكَ ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَتْهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ .
وإنْ أُخِرَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ إِلَى حِينٍ مَجِيءٍ بَاطِلٍ ، جَازٍ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ
بِمَعْرِفَتِهَا^(١) حِينَئِذٍ . فَإِنْ لَمْ يَجِئْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ
الْحَوْلِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَنْعَدُّمٌ بِالتَّصَرُّفِ ،
فَلَا يَبْقَى لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ طَالِبُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا
بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَنَّهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا
عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ إِجْبَابٍ مُضَيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لَزِيدِ بْنِ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ
حِينَ الْإِتْقَاطِ أَمْرٌ اسْتِحْبَابٍ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا ،
وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا عَرَفَ لُفَاقَهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفَ قَدْرَهَا
بِالْكَيْلِ ، أَوِ الْوِزْنِ ، أَوِ الْعَدَدِ ، أَوِ الذَّرْعِ ، وَيَعْرِفَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ

قوله : وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا . يَعْنِي ، يُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا ، وَيَكُونَانِ عَدْلَيْنِ .
وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ .
قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَشْهُورُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ،
وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَجِبُ الْإِشْهَادُ . اخْتَارَهُ أَبُو
بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي
« الْفَاتِقِ » : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ .

(١) سقط من : م .

هو عَقْدٌ وَاحِدٌ أَوْ أَكْثَرُ ؟ أَنْشُوطَةٌ^(١) أَوْ غَيْرُهَا ؟ وَيَعْرِفُ صِمَامَ الْقَارُورَةِ
الَّذِي يَدْخُلُ رَأْسُهَا ، وَعِفَاصَهَا الَّذِي تَلْبَسُهُ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا
حِينَ يَجِدُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : لَا أَحِبُّ أَنْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا . فظَاهِرُ
هَذَا أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يُشْهَدَ . وَهُوَ قَوْلُ
مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنُهَا إِذَا لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ؛ لقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ ، أَوْ ذَوَى عَدْلٍ »^(٢) .
وَهَذَا أَمْرٌ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُشْهَدَ ، كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ
[١٩٢/٥ ظ] أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، خَبَرُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ، وَأَبِي بِنِ كَعْبٍ ،
فَإِنَّهُ أَمَرَهُمَا بِالْتَّعْرِيفِ دُونَ الْإِشْهَادِ ، وَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لَبَيَّنَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ
تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، سِيَّمَا وَقَدْ سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ حُكْمِ
اللُّقْطَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِيُخْلَلْ بِذِكْرِ الْوَاجِبِ فِيهَا ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْأَمْرِ فِي حَدِيثِ
عِيَّاضٍ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ . وَلِأَنَّهُ أَخَذَ أَمَانَةً ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْإِشْهَادِ ،
كَالْوَدِيعَةِ . وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ . فَإِنَّهُ إِذَا حَفِظَهَا وَعَرَّفَهَا
لَمْ يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ ، وَفَائِدَةُ الْإِشْهَادِ صِيَانَةُ نَفْسِهِ مِنَ الطَّمَعِ فِيهَا ، وَحِفْظُهَا
مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، وَمِنْ غُرْمَائِهِ إِنْ أَفْلَسَ ، وَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، لَمْ يَذْكُرْ

الإِنصاف

تَنْبِيهِ : يَكُونُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا لَا عَلَى صِفَتِهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ :
يَكُونُ عَلَيْهَا وَعَلَى صِفَتِهَا . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ .

(١) الْأَنْشُوطَةُ : عَقْدَةٌ يَسْهَلُ انْخِلَاقُهَا .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٣٥ .

فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِنَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ ، ^{المقنع} وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّفَصِّلَةَ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجَدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

^{الشرح الكبير} لِلشُّهُودِ صِفَاتِهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي التَّعْرِيفِ ، لَكِنْ يَذْكُرُ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكُرُهُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، هَلْ يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لُقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ أَثْبَتَ لَهُ ، مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ عُرْضَةُ النِّسْيَانِ .

٢٥١٢ - مسألة : (فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِنَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ ، وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّفَصِّلَةَ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجَدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ) إِذَا جَاءَ طَالِبُ اللُّقْطَةِ فَوَصَفَهَا ، وَجَبَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، سَوَاءً غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَمْ يَغْلِبْ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ^(٥) ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَيَجُوزُ لَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ شَاءَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ،

^{الإنصاف} قَوْلُهُ : فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ . يَعْنِي ، مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَلَا يَمِينٍ ، بَلَا نِزَاعٍ ، وَسَوَاءٌ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَا ؟ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،

(١) بعده في حاشية الأصل : « وإسحاق » .

وَأَخَذَ كَفِيلًا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» ^(١) . وَلِأَنَّ صِفَةَ الْمُدَّعِي لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا ، كَالْمَعْصُوبِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدْدِهَا وَوَعَائِهَا وَوِكَائِهَا ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » ^(٢) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ . وَفِي حَدِيثِ زَيْدٍ : « اعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَافَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَادِّهَا إِلَيْهِ » ^(٣) . يَعْنِي إِذَا ذَكَرَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي صَدْرِ الْحَدِيثِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيِّنَةَ ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلدَّفْعِ لَذَكَرَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانَ عَنْ [١٩٣/٥] وَقْتِ الْحَاجَةِ ، وَلِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ تَتَعَذَّرُ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَسْقُطُ حَالِ الْعَقْلَةِ ، فَتَوْقُفُ دَفْعِهَا عَلَى الْبَيِّنَةِ مَنَعٌ

و «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، و «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و «الْفَائِقِ» ، و «الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَقِيلَ : لَا يَذْفَعُهَا إِلَيْهِ إِذَا وَصَفَهَا إِلَّا مَعَ ظَنِّ صِدْقِهِ . قَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» . وَقَالَ فِي «الْمُبْهَجِ» ، و «التَّبَصُّرَةِ» : جَازَ الدَّفْعُ . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، وَيُوسُفُ بْنُ مُوسَى ، لَا بَأْسَ بِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ هَذَا اللَّفْظُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي ... ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨٧/٦ . وَكَذَلِكَ أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي سَنَنِهِ ١١٠/٣ ، ١١١ . وَابِيهَقِيُّ ، فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٥٢/١٠ .

وَتَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي ٢٤١/١٣ . وَلَيْسَ فِي بَقِيَةِ الْمَصَادِرِ الْمَذْكُورَةِ هُنَاكَ هَذَا اللَّفْظُ . وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ... وَلَكِنْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي عَلَيْهِ » . تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٤٧٨/١٢ . وَانْظُرْ لِإِرْوَاءِ الْغَلِيلِ ٢٦٤/٨ - ٢٦٧ ، ٢٧٩ .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٨٦ .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ١٨٦ .

الشرح الكبير

لَوْصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا أَبَدًا ، وَهَذَا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ الْإِلْتِقَاطِ ، وَيُقْضَى إِلَى تَفْوِيتِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ ، كَالِإِنْفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ . وَالْجَمْعُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَبَيْنَ تَفْضِيلِ الْإِلْتِقَاطِ عَلَى تَرْكِهِ مُتَنَاقِضٌ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حَيْثُذُ يَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِ الْمُسْلِمِ ، وَإِتْعَابًا لِنَفْسِهِ بِالتَّعْرِيفِ الَّذِي لَا يُفِيدُ ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِدَيْنِهِ بِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ حَرَامًا ، فَكَيْفَ يَكُونُ فَاضِلًا . وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَجِبْ دَفْعُهَا بِالْصَّفَةِ ، لَمْ يَجْزِ الْإِلْتِقَاطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . يَعْنِي إِذَا كَانَ ثَمَّ مُنْكَرٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي سِيَاقِهِ : « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وَلَا مُنْكَرَ هُنَا ، عَلَى أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَيِّنَةً مُدَّعَى اللَّقْطَةِ وَصَفَهَا ، فَإِذَا وَصَفَهَا فَقَدْ أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَقِيَاسُ اللَّقْطَةِ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ التَّزَاغَ

تَنْبِيهِ : مَحَلُّ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا وَصَفَهَا فَقَطْ ، أَمَّا إِذَا قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَزِمَهُ الْإِنْصَافُ دَفْعُهَا . وَهُوَ وَاضِحٌ .

فَائِدَةٌ : قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ إِذَا وَصَفَهَا ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاسِمُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ الْحَدَّادِ ، فِي كُتُبِهِمُ الْخِلَافِيَّةِ^(١) : إِذَا وَصَفَ الْعِفَاصَ وَالْوَكَاءَ وَالْعَدَدَ ، لَزِمَ الدَّفْعُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مُشْيِشٍ . وَقَالَ أَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ : إِذَا جَاءَ بِالْصَّفَةِ وَالْوِزْنِ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ .

(١) فِي ط : وَ الْخِلَافُ ، .

ثُمَّ فِي كَوْنِهِ مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُنْكَرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ،
فَاحْتِيجَ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهَهُنَا قَدْ ثَبَتَ كَوْنُ هَذَا الْمَالِ لِقُطَّةَ ، وَأَنَّ لَهُ صَاحِبًا
غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدَّعَى لَهُ إِلَّا الْوَاصِفُ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي
أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : وَيُدْفَعُهَا إِلَيْهِ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ، إِذَا كَانَ قَبْلَ
الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ ^(١) مِلْكِهِ ، فَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَهَا
بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ ، فَتَبَعَتْ هَهُنَا .
وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْحَوْلِ لَهَا نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَهُوَ لِلْمُتَّقِطِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ
مُتَمَيِّزٌ لَا يَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَنَمَاءِ الْمَبِيعِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ . وَذَكَرَ
أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَكُونُ لِصَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ
إِذَا اسْتُرْجِعَتْ مِنْهُ الْعَيْنُ بَعْدَ أَنْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، وَالْوَلَدُ إِذَا اسْتُرْجَعَ

قوله : وَزِيَادَتُهَا الْمُنْفَصِلَةُ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلَوْ أَجَدَهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْح » ، وَ« شَرْحِ
ابْنِ مُنْجَى » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الرَّعَائِيَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَكُونُ لِصَاحِبِهَا أَيْضًا . اخْتَارَهُ
ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَهُمَا رَوَايَتَانِ
فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ،
وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » .
قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَتَبِعَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، بَعْدَ أَنْ أُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ : بِنَاءً عَلَى

(١) سقط من : م .

وَإِنْ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ
ضَمِنَهَا .

أَبُوهُ مَا وَهَبَهُ لَهُ بَعْدَ زِيَادَتِهِ الْمُتَفَصِّلَةِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛
لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمَا أَنَّ الزِّيَادَةَ
لِمَنْ حَدَّثَتْ فِي مِلْكِهِ . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ فِي مَسَائِلِنَا يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَتَكُونُ
الزِّيَادَةُ لَهُ ؛ لِيَكُونَ الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ ، وَثُمَّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَأُمَكَّنَ أَنْ
لَا يَكُونَ الْخَرَجُ [١٩٣/٥ ظ] لَهُ ^(١) . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ ، إِذَا كَانَتِ اللَّقْطَةُ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ فِي يَدِ
الْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ .

٢٥١٣ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ،
وَبَعْدَهُ يَضْمَنْهَا) لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَلَفَتْ أَوْ نَقَصَتْ

الْأَبَ إِذَا اسْتَرْجَعَ الْعَيْنَ الْمَوْهُوبَةَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ أَيْضًا ، عَنْ الْوَجْهِ الثَّانِي :
الْإِنْصَافِ بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِثْلِهِ فِي الْمَبِيعِ
الْمُرْتَجِعِ مِنَ الْمُفْلِسِ ، وَالْمَوْهُوبِ الْمُرْتَجِعِ مِنَ الْوَلَدِ . انْتَهَى . قُلْتُ : أَمَّا الزِّيَادَةُ
الْمُتَفَصِّلَةُ فِي الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ إِذَا رَجَعَ فِيهَا الْأَبُ ، فَإِنَّهَا لِلْوَلَدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ
الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي الْهَبَةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ
فِي الْمَبِيعِ الْمَأْخُوذِ مِنَ الْمُفْلِسِ ، فَالْخِلَافُ فِيهَا قَوِيٌّ ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لِلْبَائِعِ .
وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ أَنَّهَا لِلْمُفْلِسِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَصِّلَةُ فَهِيَ
لِلْمَالِكِهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ تَلَفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يُقَرِّطْ ؛

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

بَتَفْرِيطِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَإِنْ أَتْلَفَهَا الْمُتَلَقِّطُ أَوْ تَلَفَتْ بَتَفْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا
 إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَوْ بِقِيَمَتِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مِثْلِيَّةً . قَالَ
 شَيْخُنَا^(١) : لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ
 مِثْلُهَا أَوْ قِيَمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ
 فَرَطَ أَوْ لَمْ يُفَرِّطْ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ نَاقِصَةً بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرَشَ
 النَّقْصَ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَ ، فَكَذَلِكَ أَرَشَ نَقْصُهَا . وَهَذَا
 قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ الَّذِينَ حَكَمُوا بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . فَأَمَّا
 مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ، وَحُكْمُهَا
 قَبْلَ ذَلِكَ كَحُكْمِهَا قَبْلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُ اللَّقْطَةَ
 بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَأَبُو مِجَلَزٍ ،
 وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ،^(٢) وَمَالِكٌ^(٣) ، وَأَبُو يُوسُفَ ، قَالُوا : لَا يَضْمَنُ ، وَإِنْ
 ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ
 دَاوُدُ : إِذَا تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتْلَفَهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ،

لَأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، ضَمِنَهَا ، وَلَوْ لَمْ يُفَرِّطْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ ، وَنَصَرُوهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنْهَا ، إِذَا تَلَفَتْ . حَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ،
 عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحَ فِي مَوْضِعٍ ، إِذَا أَنْفَقَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ وَالتَّعْرِيفِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛
 لِحَدِيثِ عِيَاضِ بْنِ حَمَارٍ . وَقِيلَ : وَلَا يَرُدُّهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٨/ ٣١٣ .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

عن أحمد ، أنه لَوَّحَ إلى مثلِ هذا القولِ ؛ لحديثِ عياضٍ ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »^(١) . وقوله في حديثِ أبي بن كعبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ »^(٢) . وفي حديثِ زيدٍ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَانِكَ بِهَا »^(٣) . ورؤي : « فَهِيَ لَكَ » . ولم يَأْمُرْهُ بِرَدِّ بَدَلِهَا . ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلَتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ »^(٤) . قال الأثرمُ : قال أحمدُ : أَذْهَبُ إلى حديثِ الضَّحَّاكِ بنِ عُثْمَانَ . جَوَّدَهُ ، ولم يَرَوْهُ أَحَدٌ مثلَ ما رَوَاهُ : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٥) . ولأنَّهَا عَيْنٌ يَلْزُمُهُ رَدُّهَا لو كانت باقيةً ، فيلْزُمُهُ ضَمَانُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كما قَبْلَ الْحَوْلِ ، ولأنَّه مَالٌ مَعْصُومٌ ، فلم يَجْزُ إِسْقَاطُ حَقِّهِ مِنْهُ مُطْلَقًا ، كما لو اضْطُرَّ إلى مالٍ غيرِهِ .

تنبيه : محلُّ هذا ، إِذَا قُلْنَا : يَمْلِكُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ . فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ الْمِلْكِ ، الْإِنْصَافُ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا إِذَا لَمْ يُفَرِّطْ ، بَلْ حُكْمُهَا حُكْمُ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

فوائد : الأولى ، لو قال مالكُ اللَّقْطَةِ ، بَعْدَ التَّلَفِ ، لِلْمُلْتَقِطِ : أَخَذْتُهَا لِتَذْهَبَ بِهَا . وقال المُلْتَقِطُ : بَلْ لَأَعْرِفُهَا . فالقولُ قولُ المُلْتَقِطِ . ذَكَرَهُ الْمَجْدُ فِي

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

فصل : فَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ بَعْدَ خُرُوجِهَا [١٩٤/٥ و] مِنْ مِلْكِ الْمُتَقِطِ بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ نَحْوِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ اخْتُذُهَا ، وَلَهُ اخْتُذُ بِدَلِيلِهَا ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْمُتَقِطِ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا . فَإِنْ صَادَفَهَا وَقَدْ عَادَتْ إِلَى الْمُتَقِطِ بَفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ اخْتُذُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ مُتَقِطِهِ ، فَكَانَ لَهُ اخْتُذُهَا ، كَالزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرَأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ ^(١) الرُّجُوعِ هَهُنَا كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

« شَرْحُهُ » . نَقَلَهُ عَنْهُ الْحَارِثِيُّ ، آخِرَ الْبَابِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا تَصَرَّفَ فِي اللَّقْطَةِ بَعْدَ الْحَوْلِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَهَا بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ عَرَفَ رَبُّهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ ، وَغَيْرُهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَضْمَنُهَا بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ مَلَكَهَا . قَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَقِيلَ : يَضْمَنُهَا بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ غَرِمَ بِذَلِكَ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا بَعْدَ الْحَوْلِ مَبِيعَةً ، أَوْ مَوْهُوبَةً ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْبَدَلُ ، كَمَا فِي التَّلْفِ ، وَلَوْ أَدْرَكَهَا فِي زَمَنِ الْخِيَارِ ، فَوَجَّهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، وَجُوبُ الْفَسْخِ وَالرَّدُّ إِلَيْهِ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَةِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، عَدَمُ الْوُجُوبِ . وَهُوَ قَوِيٌّ فِي النَّظَرِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، زَمَنِ الْخِيَارِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ [٢٣٢/٢ و] . وَلَوْ كَانَ عَادَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ ، أَوْ غَيْرِ

وَأِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي
الْآخَرِ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

٢٥١٤ - مسألة : (وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ) ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لَأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ الدَّفْعُ ،
فَتَسَاوَيَا فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أُيْدِيهِمَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ (يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا)
فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهَكَذَا إِنْ
أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ . وَهَذَا الْوَجْهُ أَشْبَهُ بِأُصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ،
وَلَأَنَّهُمَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَتَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ
لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَا وَدِيعَةً فِي يَدِ إِنْسَانٍ ، فَقَالَ : هِيَ
لأَحَدِكُمَا ، لَا أُعْرِفُ عَيْنَهُ . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أُيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ ، فَرَجَحَ قَوْلُهُ فِيهِ .

ذلك ، أَخَذَهُ الْمَالِكُ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ . وَلَوْ أَدْرَكَهُ مَرُءُونًا ، مَلَكَ انْتِزَاعَهُ ؛ لِقِيَامِ
مِلْكِهِ ، وَانْتِفَاءِ إِذْنِهِ فِي الرَّهْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : يَتَوَجَّهُ عَدَمُ الْانْتِزَاعِ ؛ لِتَعَلُّقِ
حَقِّ الْمُرْتَبِنِ بِهِ . الرَّابِعَةُ ، تَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مِلْكِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ يَثْبُتُ
فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوَضِ بِظُهُورِ الْمَالِكِ ، كَمَا يَتَجَدَّدُ بِهِ زَوَالُ الْمِلْكِ
عَنِ الْعَيْنِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَنَصَرَهُ . وَقَالَ
الْقَاضِي : إِنَّمَا يَمْلِكُ بِعَوَضٍ كَالْقَرْضِ . ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا تَجِبُ الْقِيَمَةُ بِحُضُورِ
الْمَالِكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا تَنَاقُضٌ . وَقَالَ : مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِهِ
قَالَ الزَّرْكَشِيُّ .

قوله : وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وكذا قال في

الإصناف
« المذهب » ، وصححه في « التصحيح » . واختاره ابن عبدوس في
« تذكيرته » . وقدمه في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،
و « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « النظم » ، و « الحاوي الصغير » ،
و « القواعد » ، في « القاعدة الثامنة والتسعين » .

وفى الآخر ، يُقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه ، حلف وأخذها . وهو المذهب .
قال الحارثي : والمذهب القرعة ، ودفعها إلى القارع مع يمينه . نص عليه . وذكره
المصنف في « كتابيه » . وبه جزم القاضي ، وابن عقيل ، كما في تداعي الوديع .
قال الشارح : وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما . انتهى . وجزم
به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » ، و « المغني » . وصححه ابن رزين
في « شرحه » ، وقال : هذا أقيس . قلت : وهو الصواب . وأطلقهما في
« الفروع » ، و « الفائق » ، و « القواعد الفقهية » ، في « القاعدة الستين بعد
المائة » .

تنبيه : محل هذا ، إذا وصفها معا ، أو وصفها الثاني قبل دفعها إلى الأول ،
أما إذا وصفها واحد ، ودفعت إليه ، ثم وصفها آخر ، فإن الثاني لا يستحق شيئا .
على الصحيح من المذهب . قطع به في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح
الحارثي » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره ، وعليه الأصحاب . وقال
أبو يعلى الصغير : إن زاد في وصفها ، احتمل تخريجها على بيئة التاج والنساج ،
فإن رجحنا به هناك رجحنا به هنا .

فائدتان : إحداهما ، لو ادعاهما كل واحد منهما ، فوصفها أحدهما دون الآخر ،
حلف وأخذها . ذكره الأصحاب . قال في « الفروع » : ومثله وصفه معصوبا

وَأِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً [١٥٠ ط] أَنَّهَا لَهُ ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ الْمَقْنَعُ تَلَفَتْ ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ ،

٢٥١٥ - مسألة : (فَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ) قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الْوَصْفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ، رُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَهُ . فَإِنْ كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ ، فَلصاحبها تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ وَالدَّافِعِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَلْزَمُ الْمُتَلَقِّطُ شَيْءً ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَلَمْ يُفَرِّطْ ، وَهُوَ أَمِينٌ ؛ فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلَئِنْ إِذَا كَانَ الدَّفْعُ وَاجِبًا عَلَيْهِ يَأْتُمُّ بِتَرْكِهِ ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ،

وَمَسْرُوقًا . ذَكَرَهُ فِي « غُيُوبِ الْمَسَائِلِ » ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ : الْإِنْصَافُ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُوَجِّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي دَفْنٍ فِي (١) الدَّارِ ، فَمَنْ وَصَفَهُ فَهُوَ لَهُ . وَقِيلَ : لَا . كَوَدِيعَةٍ ، وَعَارِيَةٍ ، وَرَهْنٍ ، وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، وَلَا تَتَعَدَّرُ الْبَيِّنَةُ . الثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُ مُدْعَى اللَّقْطَةِ ، مَعَ صِفَتِهَا ، أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً بِالنِّقَاطِ الْعَبْدِ لَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْعَبْدِ لَا يَصِحُّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقُدِّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ .

قوله : وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ - وَهُوَ الْمُتَلَقِّطُ - إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . إِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْوَاصِفِ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَقُدِّمَ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَضْمِينِ الْوَاصِفِ

(١) سقط من : الأصل ، ا .

المقنع
إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمَتَى ضَمِنَ
الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ .

الشرح الكبير
كما لو أُخِذَتْ مِنْهُ كَرَّهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ
اخْتِيَارًا مِنْهُ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لو دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ
أَنَّهُ مَالِكُهَا .

٢٥١٦ - مسألة : (إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ) فَلَا يَمْلِكُ
صَاحِبُهَا مُطَالَبَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُوذَةٌ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَهْرِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا
لَوْ غَضَبَهَا غَاصِبٌ ، وَمَتَى ضَمِنَ الْوَاصِفُ لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ
مِنْهُ وَالتَّلَفَ عِنْدَهُ . وَإِنْ (ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ) لِأَنَّهُ كَانَ

الإنصاف
وَالدَّافِعُ ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هُوَ قَوْلُ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ .
قُلْتُ : مِنْهُمْ الْقَاضِي . ذَكَرَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : « فَإِنْ ضَمَّنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ ، إِلَّا
أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِالْمِلْكِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وَغَيْرِهِ ^(١) . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُ
الْمُلْتَقِطُ شَيْءٌ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ . وَهُوَ تَخْرِيجُ فِي « الْمُغْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ
بِهِ ، وَلَا مَنذُوحَةً عَنْهُ ، كَمَا لو كَانَ بِقَضَاءِ قَاضٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَإِلَيْهِ مَيْلُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ .

تنبيه : قَوْلُهُ : وَمَتَى ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يَعْتَرَفْ
لَهُ بِالْمِلْكِ . فَأَمَّا إِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِالْمِلْكِ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْبَتَّةَ .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

سَبَبَ تَعْرِيمِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ أَقَرَّ لِلوَاصِفِ أَنَّهَا لَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ [١٩٤/٥ ظ] عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مَالِكُهَا وَمُسْتَحِقُّهَا ، وَأَنَّ صَاحِبَ الْبَيِّنَةِ ظَلَمَهُ بِتَضْمِينِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ كَانَتِ اللَّقْطَةُ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُتَلَقِّطِ ، فَضَمَّنَهُ إِيَّاهَا ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ بِمَا غَرَمَهُ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِهَا تَضْمِينُ الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَبَضَهُ إِنَّمَا هُوَ مَالُ الْمُتَلَقِّطِ لَا مَالُ صَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا وَادَّعَاهَا ، لَمْ يَسْتَحَقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّهَا لَوْصِفِهِ إِيَّاهَا وَعَدَمِ الْمُنَازَعِ فِيهَا ، وَثَبَّتَ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُوَجِّدْ مَا يَقْتَضِي انْتِرَاعَهَا مِنْهُ ، فَوَجِبَ إِبْقَاؤُهَا فِي يَدِهِ ^(١) ، كَسَائِرِ مَالِهِ .

فصل : ولو جاء مُدَّعٍ لِلْقَطْعِ فَلَمْ يَصِفْهَا ، وَلَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، لَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَمْ يُثَبِّتْ أَنَّهُ صَاحِبُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ دَفَعَهَا فَجَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا ، أَوْ أَقَامَ بِهَا بَيِّنَةً ، لَزِمَ الدَّافِعَ غَرَامَتُهَا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهَا عَلَى مَالِكِهَا بِتَفْرِيطِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَخَذِهَا ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَدَّعِيهَا فَلِلْمُتَلَقِّطِ مُطَالَبَةُ أَخْذِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ مَجِيءَ صَاحِبِهَا فَيَغْرُمَهُ إِيَّاهَا ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَمَلَكَ الْأَخْذَ مِنْ غَاصِبِهَا ، كَالْوَدِيعَةِ .

فصل : فإن كان المُلْتَقِطُ قد مات واللُّقْطَةُ مَوْجُودَةٌ ، قام وارثه مقامه في تَعْرِيفِهَا ، أو إتمامه إن مات قبل إتمام^(١) الحَوْلِ ، ويمْلِكُهَا بعد إتمام التَّعْرِيفِ . وإن مات بعد تمام الحَوْلِ ، ورثها الوارثُ ، كسائر أموال المَيِّتِ ، ومتى جاء صاحبُها ، أخذها من الوارثِ ، كما يأخذها من المَورُوثِ ، وإن كانت مَعْدُومَةُ الْعَيْنِ ، فصاحبُها غَرِيْمٌ للمَيِّتِ بِمِثْلِهَا إن كانت من ذواتِ الأَمْثَالِ ، أو بَقِيَمَتِهَا إن لم تكن كذلك ، فَيَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ تَرَكَّتِهِ إن اتَّسَعَتْ لذلك ، فإن ضاقتِ التَّرَكَّةُ زاحَمَ الغُرمَاءُ بِبَدْلِهَا ، سواء تَلَفَتْ بعد الحَوْلِ بِفِعْلِهِ أو بغيرِ فِعْلِهِ ؛ لأنها قد دَخَلَتْ في مِلْكِهِ بِمُضِيِّ الحَوْلِ . وإن عَلِمَ أَنَّهَا تَلَفَتْ قَبْلَ الحَوْلِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، ولا شَيْءَ لَصَاحِبِهَا ؛ لأنها أمانةٌ في يَدِهِ تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلم يَضْمَنْهَا ، كالوَدِيعَةِ . وكذلك إن تَلَفَتْ بعد الحَوْلِ قَبْلَ تَمْلِكِهَا بغيرِ تَفْرِيطٍ ، عند مَنْ يَرَى أَنَّهَا لا تَدْخُلُ في مِلْكِهِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، أو أَنَّهَا لا تُمَلِّكُ بِحَالٍ . وقد مَضَى الكلامُ في ذلك . فَأَمَّا إِنْ لم يَعْلَمْ [١٩٥/٥ ط] تَلَفَهَا ، ولا وَجَدَتْ في تَرَكَّتِهِ ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أَنَّهُ غَرِيْمٌ بِهَا ، سواءً كان قَبْلَ الحَوْلِ أو بَعْدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَلْزَمَ المُلْتَقِطُ شَيْءٌ ، وَيَسْقُطَ حَقُّ صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ المُلْتَقِطِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ قَدْ تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا تُشْغَلُ ذِمَّتُهُ بِالشَّكِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ كان المَوْتُ قَبْلَ الحَوْلِ فلا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا كانتْ أمانةً عِنْدَهُ ، ولم تُعْلَمْ خِيَانَتُهُ^(٢)

(١) زيادة من : م .

(٢) في را : « جنابته » .

فَصْلٌ : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ المقنع
كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقِيلَ : يُضْمُّ إِلَى
الْفَاسِقِ أَمِينٌ فِي تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا .

الشرح الكبير

فيها ، والأصلُ براءةُ ذمِّه منها . وإن ماتَ بعدَ الحَوْلِ ، فهي في تَرَكِّه ؛
لأنَّ الأصلَ بقاؤها إلى ما بعدَ الحَوْلِ ، ودُخُولُها في مِلْكِهِ ، وَوُجُوبُ بَدْلِهَا
عليه . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّ صَاحِبَهَا لَوْ جَاءَ بَعْدَ بَيْعِ الْمُتَقِطِ إِيَّاهَا
أَوْ هَبْتَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا بَدْلُهَا . فَلِمَ قُلْتُمْ : إِنَّهَا إِذَا انْتَقَلَتْ إِلَى الْوَارِثِ يَمْلِكُ
صَاحِبُهَا أَخَذَهَا ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَوْرُوثِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ
الْمِلْكُ فِيهَا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِمَوْرُوثِهِ ، وَمِلْكُ مَوْرُوثِهِ فِيهَا كَانَ
مُرَاعَى مَشْرُوطًا بَعْدَ مَجِيءِ صَاحِبِهَا ، فَكَذَلِكَ مِلْكُ وَارِثِهِ ، بِخِلَافِ
مِلْكِ الْمُشْتَرَى وَالْمُتَّهَبِ ، فَإِنَّهُمَا يَمْلِكَانِ مِلْكًا مُسْتَقَرًّا .

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ،
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقِيلَ : يُضْمُّ إِلَى
الْفَاسِقِ أَمِينٌ فِي تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا) إِذَا التَّقَطَّ الْغَنِيُّ لِقِطَّةٍ وَعَرَفَهَا حَوْلًا ،
مَلَكَهَا ، كَالْفَقِيرِ ، رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ،

الإصناف

قوله : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ
فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي »
الصُّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ

وعَلِيٌّ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَطَاوُسٌ ،
وَعِكْرِمَةُ . وبه قال الشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةٌ :
ليس له أن يَتَمَلَّكَهَا ، إِلَّا أن يكونَ فقيرًا من غيرِ ذَوِي القُرْبَى ؛ لِما رَوَى
عِيَاضُ بنُ حِمَارٍ المُجَاشِعِيُّ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ
عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ - أو ذَوِي عَدْلٍ - وَلَا يَكْتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا
فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ^(١) .
قالوا : وما يُضَافُ إلى اللَّهِ تعالى إِنَّمَا يَتَمَلَّكُهُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . ونَقَلَ
حَنْبَلٌ عن أحمدَ مثلَ هذا القولِ . وأنكره الخَلَّالُ ، وقال : ليس هذا مَذْهَبًا
لأحمدَ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ في حَدِيثِ زَيْدِ بنِ خَالِدٍ^(٢) : « فَإِنْ لَمْ
تُعَرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفْظٍ : « فَشَانِكَ بِهَا » . وفي لَفْظٍ : « وَالْأَفْهَى
كَسْبِيلِ مَالِكَ » . ولأنَّ مَنْ مَلَكَ بِالْقَرْضِ مَلِكُ اللُّقْطَةِ ، كالفَقِيرِ ، وَمَنْ
جَازَ له الِاتِّقَاطُ مَلِكٌ [١٩٥/٥ ظ] به بعدَ التَّعْرِيفِ ، كالفَقِيرِ ، ودَعَوَاهُمْ
في حَدِيثِ عِيَاضٍ أَنَّ ما يُضَافُ إلى اللَّهِ تعالى لَا يَتَمَلَّكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ
الصَّدَقَةَ ، لَا دَلِيلَ عَلَيْهَا^(٣) ، وبُطْلَانُهَا ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إلى

في « الْخُلَاصَةِ » : فَإِنْ كَانَ الْفَاسِقُ لَا يُؤْمَنُ على تَعْرِيفِهَا ، ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . انتهى .
وقيل : يُضَمُّ إلى الْفَاسِقِ أَمِينٌ في تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا . قَطَعَ به الْقَاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ ،
وأبو الْحَسَنِ ابنُ الْبَنَّا ، وأبو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، والمُصَنِّفُ في « الْمُعْنَى » ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٦ .

(٣) في الأصل ، م : « عليه » .

اللَّهِ تَعَالَى ؛ مَلِكًا وَخَلَقًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾ ^(١) .

فصل : وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالْإِتْقَانِ كَالْمُسْلِمِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيّ : ليس له الإِتْقَانُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْأَمَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَوْعُ احْتِسَابٍ ، فَكَانَ مِنْ أَهْلِهِ ، كَالْإِحْتِشَاشِ ^(٢) وَالْإِصْطِيَادِ ^(٣) وَالْإِحْتِطَابِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْإِتْقَانُ هُمَا مَعَ عَدَمِ الْأَمَانَةِ . وَتَمَى عَرَفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا ، مَلَكَهَا ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِنْ عَلِمَ بِهَا الْحَاكِمُ أَقْرَهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ وَيُعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمَنُ الْكَافِرَ عَلَى تَعْرِيفِهَا ، وَلَا نَأْمَنُ أَنْ يُخِلَّ فِي التَّعْرِيفِ بِشَيْءٍ

و « الكافي » ، وصاحبُ « المُحرَّر » . قال في « الفائق » : وَيُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ الْإِنْصَافِ أَمِينٌ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . قال المُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَالشَّارِحُ : وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا . [٢٣٢/٢ ط] وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَى الذِّمِّيِّ عَدْلٌ . قال في « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : إِنْ عَلِمَ بِهَا الْحَاكِمُ ، أَقْرَهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيُعْرِفُهَا . قال الْحَارِثِيُّ : وَلَا بُدَّ مِنْ مُشْرِفٍ يُشْرِفُ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : تُنَزَّعُ لُقْطَةُ الذِّمِّيِّ ^(٣) مِنْ يَدِهِ ^(٢) ، وَتُوضَعُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » .

(١) سورة النور ٣٣ .

(٢- ٢) سقط من : م .

(٣- ٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيهًا ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَّفَهَا ، فَهِيَ لَوَاجِدِهَا .

الشرح الكبير مِنْ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ فِيهِ ، وَأَجْرُ الْمُشْرِفِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَهَا الْمُلتَقِطُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُنَزَعَ مِنْ يَدِ الذَّمِّيِّ وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيَصِحُّ التِّقَاطُ الْفَاسِقِ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، فَصَحَّ التِّقَاطُ ، كَالْعَدْلِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ التِّقَاطُ الْكَافِرِ ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَى لَهُ أَلَا يَأْخُذْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا . وَإِذَا التَّقَطُّهَا فَعَرَّفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا ، كَالْعَدْلِ ، وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقَرَّهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الذَّمِّيِّ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ (فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ) ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزِعُهَا مِنْ يَدِهِ وَيَدْعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ خُلِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ ، لَمْ تَزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقْطَةِ ، كَالْعَدْلِ ، وَالْحِفْظُ يَخْصُلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ إِلَيْهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفُ حِفْظُهَا مِنْهُ ، انْتَزَعَتْ مِنْ يَدِهِ وَتُرِكَتْ فِي يَدِ الْعَدْلِ ، فَإِذَا عَرَّفَهَا مَلَكَهَا الْمُلتَقِطُ ؛ لَوْجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ مِنْهُ .

٢٥١٧ - مسألة : (وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيهًا ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَّفَهَا ، فَهِيَ لَوَاجِدِهَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصَّبِيَّ وَالسَّفِيهَ

الإصناف قوله : وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيًّا أَوْ سَفِيهًا ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَّفَهَا ، فَهِيَ

(١-١) سقط من : م .

الشرح الكبير

والمَجْنُون ، إِذَا التَّقَطَّ أَحَدُهُمْ لُقْطَةً ، ثَبَّتَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلِأَنَّهُ نَوْعُ تَكْسُّبٍ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالِاضْطِيَادِ وَالِاخْتِطَابِ . فَإِنْ تَلَفَتْ
فِي يَدِهِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا فِي
مَالِهِ ، وَإِذَا عَلِمَ بِهَا وَلِيُّهُ ، لَزِمَهُ أَخْذُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ [١٩٦/٥] مِنْ أَهْلِ
الْحِفْظِ وَالْأَمَانَةِ ، فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ حِفْظُ مَا يَتَعَلَّقُ
بِهِ حَقُّ الصَّبِيِّ ، وَهَذَا يَتَعَلَّقُ^(١) بِهِ حَقُّهُ ، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي يَدِهِ كَانَ مُضَيِّعًا
لَهَا . وَيُعْرِفُهَا الْوَلِيُّ إِذَا أَخْذَهَا ؛ لِأَنَّ وَاجِدَهَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّعْرِيفِ ، فَإِذَا
انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ دَخَلَتْ فِي مِلْكٍ وَاجِدِهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ التَّمْلُكِ تَمَّ
بشَرْطِهِ ، فَثَبَّتَ الْمِلْكُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اضْطَادَ صَيْدًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ،
إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَهُ قَالُوا : إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فَكَانَ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ
بِحَيْثُ يُسْتَقْرَضُ لهما ، يَمْلِكُهُ لهما ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَتَمَلَّكُهُ لهما
بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَمْلُكُهُ مَصْلَحَةً لَهُ .
وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ جَرَى هَذَا مَجْرَى الْاِقْتِرَاضِ لَمَا صَحَّ التَّقَاطُ
صَبِيًّا لَا يَجُوزُ الْاِقْتِرَاضُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ
فَائِدَةٍ .

الإنصاف

لِوَاكِدِهَا . وَكَذَا الْمَجْنُونُ . قَالَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ،
و « الْمُتَخَبِّ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّبْصِيرَةِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ،
وغيرهم .

(١) فِي م : « يَتَلَف » .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس بن موسى ^(١) ، في غلام له عشر سنين التَّقَطُّ لُقْطَةً ، ثم كَبِرَ : فإن وَجَدَ صَاحِبَهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا ، قد مَضَى أَجَلُ التَّعْرِيفِ فيما تَقَدَّمَ مِنَ السِّنِينَ . ولم يَرِ عَلَيْهِ اسْتِقبالَ أَجَلِ التَّعْرِيفِ . ^(٢) قال : وقد كُنْتُ سَمِعْتُهُ قَبْلَ هَذَا أَوْ بَعْدَهُ يَقُولُ فِي انْقِضَاءِ أَجَلِ التَّعْرِيفِ ^(٣) إِذَا لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا : أَيْتَصَدَّقْ بِمَالِ الْغَيْرِ ! وهذه المسألة قد مَضَى نَحْوُهَا فيما إِذَا لَمْ يُعَرَّفِ الْمُلتَقِطُ اللَّقْطَةَ ^(٤) فِي حَوْلِهَا الْأَوَّلِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَفَهَا فيما ^(٥) بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لَكُونَ التَّعْرِيفَ بَعْدَهُ لَا يُفِيدُ ظَاهِرًا ، لَكُونَ صَاحِبَهَا يَنَاسُ مِنْهَا وَيَتْرُكُ طَلَبَهَا . وهذه المسألة تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ التَّعْرِيفَ لِعُذْرٍ ، فَهُوَ كَتَرَكِهِ لَغَيْرِ عُذْرٍ ؛ لَكُونَ الصَّبِيِّ مِنْ أَهْلِ الْعُذْرِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ وَجْهَيْنِ ، فيما تَقَدَّمَ . وقال أحمد ، في غلامٍ لَمْ يَبْلُغْ أَصَابَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، فَذَهَبَ بِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ فَضَاعَتْ ، فَلَمَّا بَلَغَ أَرَادَ رَدَّهَا ، فَلَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ عَشْرَةَ ، وَكَانَ يُجْحِفُ بِهِ ، تَصَدَّقَ قَلِيلًا قَلِيلًا . قال القاضي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهَا تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ أَنَّهُ لَمْ يُعْلَمْ وَلِيِّهِ حَتَّى يَقُومَ بِتَعْرِيفِهَا .

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الأصحاب : يَضْمَنُ الْوَلِيُّ إِنْ أَبْقَاهَا بِيَدِ الصَّبِيِّ بَعْدَ عِلْمِهِ ؛ وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ،

(١) أى العباس بن محمد بن موسى الخلال . تقدمت ترجمته .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : الأصل .

وَأِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ ، فَلِسَيِّدِهِ أَخَذَهَا مِنْهُ وَتَرَكُوهَا مَعَهُ ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ^{المقنع} إِذَا كَانَ عَدْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَأْمَنْ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سِتْرُهَا عَنْهُ ، فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ .

٢٥١٨ - مسألة : (وَإِنْ) التَّقَطُّهَا (عَبْدٌ ، فَلِسَيِّدِهِ أَخَذَهَا مِنْهُ ^{الشرح الكبير} وَتَرَكُوهَا مَعَهُ ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِنْ كَانَ عَدْلًا ، فَإِنْ لَمْ يَأْمَنْ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سِتْرُهَا عَنْهُ ، فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ) يَصِحُّ التَّقَاطُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك^(١) ، والشافعي في أحدِ قَوْلَيْهِ . [١٩٦/٥ ظ] وقال في الآخر : لَا يَصِحُّ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ أَمَانَةٌ وَوِلَايَةٌ ، وَفِي الثَّانِي تَمَلُّكٌ ،

صَمَتَهَا فِي مَالِهِ . نصُّ عليه في صَبِيٍّ كَاتِلَافِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، ^{الإنصاف} وَ « الشَّرْح » . وَقَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَفِي « الْمُتَنَخَّبِ » وَغَيْرِهِ ، لَا يَضْمَنُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَعَرَّفَ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : فظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْمُغْنَى » عَدَمُ الْإِجْزَاءِ . وَالْأَظْهَرُ الْإِجْزَاءُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْقِلُ التَّعْرِيفَ ، فَالْمَقْصُودُ حَاصِلٌ . وَاقْتَصَرَ عَلَى كِلَايَهُمَا فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » .

قوله : وَإِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ ، فَلِسَيِّدِهِ أَخَذَهَا مِنْهُ وَتَرَكُوهَا مَعَهُ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِذَا كَانَ عَدْلًا . لِلْعَبْدِ أَنْ يَلْتَقِطَ ، وَأَنْ يُعَرِّفَهَا مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : لَهُ ذَلِكَ فِي الْأُصْحَحِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْح » . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : يَصِحُّ

(١) سقط من : م .

والعَبْدُ ليس من أَهْلِ الْوِلَايَاتِ وَلَا التَّمَلُّكِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ
الْإِتِّقَاطَ سَبَبَ يَمْلِكُ بِهِ الصَّبِيُّ وَيَصِحُّ مِنْهُ ، فَصَحَّ مِنَ الْعَبْدِ ، كَالْأَضْطِجَادِ
وَالْإِحْتِطَابِ ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ قَبُولُ الْوَدِيعَةِ ، صَحَّ مِنْهُ الْإِتِّقَاطُ ،
كَالْحُرِّ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَاتِ وَالْأَمَانَاتِ . يَنْطُلُ

الشرح الكبير

الِإِتِّقَاطُ ، عَلَى الْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ
الْحَارِثِيِّ » . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَهُوَ رَوَايَةٌ
ذَكَرَهَا الزُّرْكَاشِيُّ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْبُلْغَةِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ ،
يَتَوَقَّفُ الْإِتِّقَاطُ عَلَى إِذْنِ السَّيِّدِ . ذَكَرَهُ السَّامُرِيُّ ؛ أَخَذًا مِنْ قَوْلِهِ فِي « التَّنْبِيهِ » :
إِذَا انْقَطَعَ الْعَبْدُ ، فَضَاعَتْ مِنْهُ أَوْ أَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا . قَالَ : فَسَوَّى بَيْنَ الْإِتْلَافِ
وَالضَّيَاعِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْحَوْلِ وَبَعْدَهُ ، فَذَلَّ عَلَى عَدَمِ الصَّحَّةِ بِدُونِ إِذْنِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَفِي اسْتِنْبَاطِ السَّامُرِيِّ نَظَرٌ^(١) .

الإنصاف

قوله : فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ - بِلَا نِزَاعٍ - وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ،
فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ . هَذَا أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ،
وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْآدَمِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي
« تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : إِذَا أَتْلَفَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَفِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى الْأَظْهَرِ . وَيَأْتِي كَلَامُ
الزُّرْكَاشِيِّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ . وَقِيلَ : إِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهَا . فَهِيَ
فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ عَلَى مَا يَأْتِي . وَاعْلَمْ

(١) سقط من : الأصل .

بالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُمَا أَدْنَى حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَحْصُلُ بِسَائِرِ الْاِكْتِسَابَاتِ ، وَلِأَنَّ الْاِلْتِقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَازَ مِنَ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَأِنْقَازِ الْمَالِ الْغَرِيقِ وَالْمَغْصُوبِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ اللَّقْطَةَ تَكُونُ أَمَانَةً فِي يَدِ الْعَبْدِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ لَمْ يَضْمَنْ ، فَإِنْ عَرَفَهَا ، صَحَّ تَعْرِيفُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهُ ، كَالْحُرِّ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْاِلْتِقَاطَ

أَنَّ الْعَبْدَ ، هَلْ يَحْصُلُ لَهُ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ سَيِّدِهِ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الرُّكَاعِ ، عِنْدَ الْفَوَائِدِ الَّتِي ذُكِرَتْ هُنَاكَ . فَمَتَى أَتَلَفَهَا ، أَوْ فَرَطَ حَتَّى تَلَفَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَى السَّيِّدِ الْفِدَاءُ أَوْ التَّسْلِيمُ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهَا . فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا إِنَّمَا يَتَّبِعُهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَمْلِكْ ؛ لَكُونِهِ لَمْ يَتَمَلَّكْ ، اسْتِنَادًا إِلَى تَوْقُفِ الْمِلْكِ عَلَى التَّمَلُّكِ . وَفِيهِ بُعْدٌ . وَقَالَ فِي « الشَّرْحِ » أَيْضًا : وَيَضْلُحُّ أَنَّ يَنْبَنِي عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ ، هَلْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ تَخْرِيجٌ حَسَنٌ ؛ لِشِبْهِ الْعُرْمِ بَعْدَ الْإِنْفَاقِ بِأَدَاءِ الْمُقْتَرَضِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، فِي « زَادِ الْمُسَافِرِ » : لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي ضَمَانِ مَا أَتَلَفَهُ الْعَبْدُ قَوْلَانِ ، أَيْ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فِي رَقَبَتِهِ كَالْجِنَايَةِ . وَالْأُخْرَى ، فِي ذِمَّتِهِ . وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ . قَالَ السَّامَرِيُّ : وَلَمْ يُفَرِّقْ قَبْلَ الْحَوْلِ وَبَعْدَهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَا يَتَّبِعُهُ الْفَرْقُ فِي التَّعَلُّقِ

كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . فَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلِقْطَةِ عَبْدِهِ ، كَانَ لَهُ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَيِّدِ انْتِزَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ، فَإِنْ انْتَزَعَهَا بَعْدَ أَنْ عَرَفَهَا الْعَبْدُ ، مَلَكَهَا ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَعْرِفْهَا ، عَرَفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ عَرَفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ ، عَرَفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . وَلِلْسَيِّدِ إِقْرَارُهَا فِي يَدِ الْعَبْدِ إِنْ كَانَ أَمِينًا ، وَيَكُونُ مُسْتَعِينًا بَعْدَهُ فِي حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ أَمِينٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفَرِّطًا بِإِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ وَرَدَّهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كَيْدُهُ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْإِلْتِقَاطِ ، فَلَهُ انْتِزَاعُ اللَّقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَأَكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَيُسَلِّمُهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَعْرِفَهَا ، ثُمَّ يَدْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ بِشَرْطِ الضَّمَانِ . فَإِنْ أَتْلَفَهَا الْعَبْدُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، كَجَنَائَاتِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . فَهُوَ كَمَا لَوْ أَتْلَفَهَا فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ . وَيَصْلُحُ أَنْ يَنْبَيَّ ذَلِكَ عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ ، هَلْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ فِي الْحَجَرِ .

بِالرَّقَبَةِ بَيْنَ مَاقِلِ الْحَوْلِ وَبَعْدَهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا ضَعِيفٌ جَدًّا . انْتَهَى . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، عَنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَمَنْ تَابَعَهُ : كَلَامُهُمْ مُتَوَجِّهٌ ، إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ . وَإِنْ قُلْنَا : الْمِلْكُ لِلْسَيِّدِ ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ ، وَاقْتَضَاهُ كَلَامُ صَاحِبِ « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ ، فَالْجِنَايَةُ عَلَى مَالِ السَّيِّدِ ، فَلَا تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَلَا

وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَّا الْمَقْنَعُ
أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَّأَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٥١٩ - مسألة : [١٩٧/٥ و] (وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ) فِي اللَّقْطَةِ ؛ الشرح الكبير

لأنَّ المالَ له في الحال ، وأكسأه له دُون سَيِّدِهِ ، وهي مِنْ أَكْسَائِهِ ، فَإِنْ
عَجَزَ عَادَ عَبْدًا ، وصار حُكْمُهُ فِي لُقْطَتِهِ حُكْمَ الْعَبْدِ . وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبِّرُ
وَالْمُعْلَقُ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ، كالْقَيْنِ (وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ) إِذَا التَّقَطَّ لُقْطَةً (فَهِيَ
بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ) إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً كَالْحُرِّينِ إِذَا التَّقَطَّ لُقْطَةً . (وَإِنْ
كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً ، لَمْ تَدْخُلْ فِي الْمُهَيَّأَةِ) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا كَسَبَتْ

بِرَقَبَتِهِ ، بَلِ الَّذِي يَنْبَغِي ، أَنْ تَتَعَلَّقَ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، وَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ وَلَا
السَّيِّدَ . تَعَيَّنَ التَّعَلُّقُ بِرَقَبَتِهِ ، كَجِنَايَتِهِ ^(١) . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْكَافِي » : وَإِنْ
أَتْلَفَهَا الْعَبْدُ ، فَحُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ جِنَايَتِهِ . انْتَهَى . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، جِنَايَتَهُ فِي
رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ خَرَقَ ثَوْبَ رَجُلٍ ، فَهُوَ ذَنْبٌ عَلَيْهِ .

قوله : وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ . بلا نزاع . وَالْمُدَبِّرُ ، وَالْمُعْلَقُ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ ، وَأُمُّ
الْوَلَدِ ، كَالْعَبْدِ ، بلا نزاع أيضًا .

قوله ^(٢) : وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً ،
فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَّأَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مَنْجَبِي »
[٢٣٣/٢] ، و « الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَّأَةِ ،
بَلْ تَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) سقط من : الأصل .

نادرٌ ، لا يُعْلَمُ وُجُودُهُ ، ولا يُظَنُّ ، فلم يَدْخُلْ في الْمُهَيَّأَةِ كالْإِرْثِ . فعلى هذا ، يكونُ بينهما . والثاني ، يَدْخُلُ في الْمُهَيَّأَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسْبِهِ ، أَشْبَهَتْ سَائِرَ أَكْسَابِهِ ، فيكونُ لِمَنْ يُوجَدُ في يَوْمِهِ . وكذلك الْحُكْمُ في الْهَدِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ وَسَائِرِ الْأَكْسَابِ النَّادِرَةِ ، فيها الْوَجْهَانِ . فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ شَرَكَةً فَلَقَطَّتُهُ بَيْنَهُمَا ، على ما ذَكَرْنَا في مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

« الْمُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، تَدْخُلُ في الْمُهَيَّأَةِ ، فَإِذَا وَجَدَهَا في نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا ، فهي له . جَزَمَ به في « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ في « الْخُلَاصَةِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

فائدة : وكذا الْحُكْمُ في النَّادِرِ مِنْ^(١) كَسْبِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ ؛ كَالْهَبَةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَنَحْوِهَا ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا .

تنبيه : الْخِلَافُ هُنَا ، مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي دُخُولِ نَوَادِرِ^(٢) الْأَكْسَابِ ؛ كَالْوَصِيَّةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالرُّكَازِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

فوائد ؛ منها ، لو وَجَدَ لُقْطَةً في غيرِ طَرِيقِ مَاتِيٍّ ، فهي لُقْطَةٌ . على الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ في « الْفَاتِي » . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ كَالرُّكَازِ . وَاخْتَارَهُ في « الْفَاتِي » ، وَجَعَلَهُ في « الْفُرُوعِ » تَوْجِيهًا لَهُ . وَمِنْهَا ، لو أُخِذَ مَتَاعُهُ ، أَوْ ثَوْبُهُ ، وَتُرِكَ لَهُ بِذَلِكَ ، فَالصَّحِيحُ مِنْ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لُقْطَةٌ . نَصَّ عَلَيْهِ في رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَابْنِ بَخْتَانَ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « ابْنِ رَزِينِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،

(١) في الأصل : « ضمن » .

(٢) سقط من : الأصل .

و « الفائق » ، وغيرهم . وقيل : لا يُعرفه مع قرينة سرقه . وهو احتمال
 للمُصنّف . قلت : وهو عينُ الصواب . قال الحارثي : وهذا حسن . وقال : قد
 يُقال فيه بمعنى مسألة الظفر . ومذهب أحمد ، منع الأخذ فيها . فعليها ، هل يتصدّق
 به^(١) بعد تعريفه ؟ إن قلنا : يُعرفه ، أو يأخذ حقه بنفسه ، أو بإذن حاكم .
 فيه أوجه . وأطلقهنّ في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ،
 و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « تجريد العناية » . قال المُصنّف ، وتابعه
 الشارح : القولُ بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرّقن بالناس . قال الحارثي : وهذا
 قويٌّ على أصل من يرى أن العقد لا يتوقّف على اللَّفْظ ، أمّا على التّوقّف ، فلا يُكتفى
 بمثل هذا . قال : وبالجُملة ، فالأظهر الجواز . ورجحه المُصنّف . ومنها ، لو
 وجد في جوف حيوان دُرّة ، أو نقدًا ، فهو لُقطة لواجده . على الصحيح من
 المذهب . قدّمه في « الفروع » ، و « شرح الحارثي » ، وصحّحه . ونقل ابنُ
 منصور ، تكون لُقطة^(٢) للبائع إن ادّعاه ، إلّا أن يدعى المشتري أنه أكله عنده ،
 فهو له . فأما إن كانت الدُرّة غير مثقوبة في السمكة ، فهي للصيّاد ؛ لأنّ الظاهر
 ابتلاعها من معدنها . ومنها ، لو وجد لُقطة بدار الحرب وهو في الجيش ،
 عرفها ، ثم وضعها في المغم . نصّ عليه . وإن كان دخل بأمان ، عرفها ، ثم
 هي له ، إلّا أن يكون في جيش ، فهي كالتى قبلها . وإن دخل متلصصًا ،
 عرفها ، ثم هي كالغنيمة . على الصحيح من المذهب . ويختل أن تكون له من
 غير تعريف . ذكره المُصنّف . قلت : وهذا هو الصواب ، وكيف يُعرف ذلك ؟

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : أ .

ومنها ، مُؤَنَّة رَدُّ اللَّقْطَةِ عَلَى رَبِّهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيلِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » ، لَتَبَرُّعِهِ . وَمَعْنَاهُ فِي « شَرْحِ الْمَجْدِ » ، فِي عَدَمِ سُقُوطِ الزَّكَاةِ بِتَلَفِ الْمَالِ قَبْلَ التَّمَكُّنِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ » : مُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُتَلَقِّطِ . وَمِنْهَا ، ضَمَانُهَا بِمَوْتِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقِيلَ : بِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَوَارِثُهُ كَهُوَ . وَمِنْهَا ، الْإِلْتِقَاطُ يَشْتَمِلُ عَلَى أَمَانَةٍ وَاجْتِسَابٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلِلنَّاسِ خِلَافٌ فِي الْمُعْلَبِ مِنْهُمَا ؛ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْكَسْبُ . وَوَجَّهَ بِأَنَّهُ مَلَاكٌ^(١) الْأَمْرُ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْأَمَانَةُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِيْصَالُ الشَّيْءِ إِلَى أَهْلِهِ ، وَلِأَجْلِهِ شُرِعَ الْحِفْظُ وَالتَّعْرِيفُ أَوَّلًا وَالْمِلْكُ آخِرًا ، عِنْدَ ضَعْفِ التَّرَجُّحِ لِلْمَالِكِ . وَمِنْهَا ، لَوْ اسْتَيْقَظَ فَوَجَدَ فِي ثَوْبِهِ دَرَاهِمَ ، لَا يَعْلَمُ مَنْ صَرَّهَا ، فَهِيَ لَهُ ، وَلَا تَعْرِيفُ . وَلِأَحَدٍ نَصٌّ يُوجِبُ التَّعْرِيفَ وَيَنْفِي الْمِلْكَ . وَمِنْهَا ، لَوْ أَلْقَتِ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبَ إِنْسَانٍ ؛ فَإِنْ جَهِلَ الْمَالِكُ ، فَلَقَطَهُ ، وَإِنْ عَلِمَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ بِحَبْسِ مَالِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ وَلَا تَعْرِيفٍ . وَمِنْهَا ، لَوْ سَقَطَ طَائِرٌ فِي دَارِهِ ، فَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » : لَا يَلْزَمُهُ حِفْظُهُ وَلَا إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، وَهَذَا مَا لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهُ ، أَمَّا إِنْ انْقَطَعَ ، وَجَبَ حِفْظُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَائِعٌ عَنْهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « مَالٌ » .

بَابُ اللَّقِيطِ

[١٥١] وَهُوَ الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ .

الشرح الكبير

بَابُ اللَّقِيطِ

(وهو الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ) وَاللَّقِيطُ بِمَعْنَى الْمَلْقُوطِ ، كَالْقَتِيلِ وَالْجَرِيحِ . وَالتَّقَاطُهُ وَاجِبٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . وَلَأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ نَفْسِهِ ، فَكَانَ وَاجِبًا ، كإِطْعَامِهِ إِذَا اضْطُرَّ ، وَإِنْجَائِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَهُوَ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ ، إِذَا قَامَ بِهِ مَنْ يَكْفِي سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ ، وَإِنْ تَرَكَهُ الْجَمَاعَةُ ، أَثْمُوا كُلُّهُمْ إِذَا تَرَكَوهُ مَعَ إِمْكَانٍ أَخَذَهُ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ سُنَيْنٍ أَيْ جَمِيلَةٍ ، قَالَ : وَجَدْتُ مَلْقُوطًا فَأَتَيْتُ بِهِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . فَقَالَ عُمَرُ : أَكْذَلِكْ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَأَذْهَبْ فَهُوَ جُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٢) عَنْ سُفْيَانَ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أَبَا جَمِيلَةَ بِهَذَا ، وَقَالَ : وَعَلَيْنَا رِضَاعُهُ .

الإنصاف

بَابُ اللَّقِيطِ

فائدة : قوله : وهو الطُّفْلُ الْمَنْبُودُ . قال الحارثيُّ : تعريفُ اللَّقِيطِ بِالْمَنْبُودِ يَحْتَاجُ إِلَى إِضْمَارٍ ؛ لِتَضَادِّ مَا بَيْنَ اللَّقِيطِ وَالتَّبْدِ ، كَمَا يُبَيِّنُ . وَمَعَ هَذَا فَلَيْسَ جَامِعًا ؛

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المنبذ ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

المقنع وهو حُرٌّ،.....

الشرح الكبير

٢٥٢٠ - مسألة : (وهو حُرٌّ) اللَّقِيطُ حُرٌّ ، في قولِ عامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا النَّخَعِيَّ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ . رَوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَادٌ ، وَمَالِكٌ ،

الإنصاف

لأنَّ الطِّفْلَ قَدْ يَكُونُ ضَائِعًا لَا مَنبُودًا . وَمِنْهُمْ مَنْ عَرَّفَ بَأَنَّهُ الضَّائِعُ . وَفِيهِ مَا فِيهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَهُوَ كُلُّ طِفْلٍ نُبَذَ ، أَوْ ضَلَّ .

تنبيه : قوله : وهو الطِّفْلُ . يَعْنِي ، فِي الْوَاقِعِ فِي الْغَالِبِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لَقِيطٌ إِلَى سِنِّ التَّمْيِيزِ فَقَطْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » . وَقِيلَ : وَالْمُمَيِّزُ أَيْضًا إِلَى الْبُلُوغِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ الْمَشْهُورُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . [٢٣٣/٢ ظ] قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَالْمُخْتَارُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا أَنَّ الْمُمَيِّزَ يَكُونُ لَقِيطًا ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا التَّقَطَّ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ مَعًا مِنْ لَهْ أَكْثَرُ مِنْ سَبْعِ سِنِينَ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا^(١) ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ، بِخِلَافِ الْأَبَوَيْنِ .

قوله : وهو حُرٌّ . يَعْنِي^(٢) ، فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِلَّا فِي الْقَوْدِ . وَمِثْلُهُ دَعْوَى قَاضِيهِ رِقَّةً^(٣) ، عَلَى مَا يَأْتِي .

(١) زيادة من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : ط .

يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

والتَّوَرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وقال النَّخَعِيُّ : إِنْ التَّقَطَّهَ لِلْحِسْبَةِ ، فهو حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فذلك له . وهذا قولٌ شَدَّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أحرارًا ، وَإِنَّمَا الرُّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ الْعَارِضُ ، فله [١٩٧/٥ ط] حُكْمُ الْأَصْلِ .

٢٥٢١ - مسألة : (يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ) يُوجَدُ (معه ما يُنْفَقُ عَلَيْهِ) إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُتَّقِطُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ اللَّقِيطِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمُتَّقِطِ كَوُجُوبِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ . وذلك لِأَنَّ أَسْبَابَ وَجُوبِ النَّفَقَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ ، وَالزَّوْجِيَّةِ ،

فائدة : يُسْتَحَبُّ لِلْمُتَّقِطِ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا مَعَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْإِنصَافِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَجِبُ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِي اللَّقْطَةِ .

تنبيه : قوله : يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ . بلا نزاع . لَكِنْ إِنْ تَعَذَّرَ ، اقْتَرَضَ ^(١) الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . فَإِنْ تَعَذَّرَ ، فَعَلَى مَنْ عِلْمَ حَالِهِ الْإِنْفَاقُ ، فَهِيَ فِرْضُ كِفَايَةٍ ، كَالْتِقَاطِهِ ^(٢) . وَهَذَا الْإِنْفَاقُ يَجِبُ مَجَانًا عِنْدَ

(١) فِي ط : « اقْرَضَ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : أ .

وَالْمَلِكِ ، وَالْوَلَاءِ ، مُتَنَفِيَةً ، فَلَا لِقَاطُ إِلَّا هُوَ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَتَبَرُّعٌ بِحِفْظِهِ ، فَلَا يُوجِبُ ذَلِكَ التَّفَقُّةَ ، كَمَا لَوْ فَعَلَهُ بغيرِ اللَّقِيطِ . وَتَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي حَدِيثٍ أَيْ جَمِيلَةٍ : أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . وَفِي رَوَايَةٍ : مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَلَأنَّ بَيْتَ الْمَالِ وَارِثُهُ ، وَمَالُهُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَقَرَاتِهِ وَمَوْلَاهُ . فَإِنْ تَعَدَّرَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، لَكَوْنُهُ لَا مَالَ فِيهِ ، أَوْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَا إِمَامَ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يُعْطَ شَيْئًا ، فَعَلَى مَنْ عَلِمَ حَالَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ . وَلَأنَّ فِي تَرْكِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ هَلَاكُهُ ، وَحِفْظُهُ مِنْ ذَلِكَ وَاجِبٌ ، كَانْفَاقِهِ مِنَ الْغَرَقِ . وَهُوَ فَرَضُ كِفَايَةٍ ، وَمَنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ أَوْ غَيْرَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَبَرَّعْ أَحَدٌ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَانْفَقَ عَلَيْهِ الْمُتَلَقِّطُ أَوْ غَيْرُهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، وَكَانَ ذَلِكَ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، لَزِمَ اللَّقِيطُ ذَلِكَ إِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ قَصْدًا بِالْمَعْرُوفِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ . فَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : تُؤَدَّى النَّفَقَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ شُرَيْحٌ ، وَالنَّخَعِيُّ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ ، يَحْلِفُ مَا أَنْفَقَ

القاضي وجماعة ؛ منهم صاحبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » . وَاخْتَارَهُ صاحبُ « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبْصِرَةِ » ، وَقَالَا : لَهُ أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَقَالَ : وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمُغْنَى »

احتساباً ، فإن حَلَفَ اسْتُسْعِيَ^(١) . وقال الشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو حنيفةً ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَرْجِعُ بشيءٍ ؛ لَأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، ولا إِذْنَ وَلِيِّهِ ، ولا إِذْنَ الْحَاكِمِ ، فلم يَرْجِعْ بشيءٍ ، كما لو تَبَرَّعَ بِهِ . ولنا ، أَنَّهُ أَدَّى مَالاً وَجَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فكان له الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْعَوَضِ لِلْمُنْفِقِ^(٢) ، إِنْ اقْتَرَنَ بِالْإِنْفَاقِ قَصْدُ الرُّجُوعِ . وقَدَّمَهُ فِي الْإِنْصَافِ « الْفُرُوعِ » ؛ لَأَنَّهُ جَعَلَ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً الرُّجُوعِ ، كَمَنْ أَدَّى حَقًّا وَاجِبًا عَنْ غَيْرِهِ . على ما تَقَدَّمَ فِي بَابِ الضَّمَانِ . وقال فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالسَّبْعِينَ » : نَفَقَةُ اللَّقِيطِ خَرَجُهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فِي مَنْ أَدَّى حَقًّا وَاجِبًا عَنْ غَيْرِهِ ، على ما تَقَدَّمَ فِي بَابِ الضَّمَانِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَرْجِعُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِلَيْهِ مِثْلُ صَاحِبِ « الْمَعْنَى » ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةً عَلَى اللَّقِيطِ . ونَصَّ أَحْمَدُ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَى يَتِّ الْمَالِ . انتهى . وقال النَّاطِلُ : إِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَاسْتَأْذَنَ الْحَاكِمَ ، رَجَعَ عَلَى الطِّفْلِ بَعْدَ الرُّشْدِ ، وَإِلَّا رَجَعَ عَلَى يَتِّ الْمَالِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَنَاقَضَ السَّامُرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » ، فَقَالَا ، بَعْدَ تَعَذُّرِ الْاِقْتِرَاضِ عَلَى يَتِّ الْمَالِ ، وَامْتِنَاعِ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ مَجَّانًا : إِنْ أَنْفَقَ الْمُتَلَقِّطُ ، رَجَعَ عَلَى اللَّقِيطِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ مَا لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْفَاقِ . زَادَ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرْجِعُ . انتهى . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْوُجُوبُ مَجَّانًا

(١) أَى اللَّقِيطِ .

(٢) فِي ط : « لِلْمَنْقُولِ » .

وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ ،
فَيَكُونُ كَافِرًا . فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٥٢٢ - مسألة : (وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ
وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ ، فَيَكُونُ كَافِرًا . فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ) إذا
وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهُوَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ [١٩٨/٥] وَإِنْ كَانَ
فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ ؛ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَلِظَاهِرِ الدَّارِ ، وَلَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا
يُغْلَى . وَدَارُ الْإِسْلَامِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا اخْتَطَّهُ الْمُسْلِمُونَ ؛ كَبَغْدَادَ ،
وَالْبَصْرَةَ ، فَلَقِيطُهَا مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . الثَّانِي ، دَارُ فَتَحَهَا
الْمُسْلِمُونَ ؛ كَمَدَائِنِ الشَّامِ ، فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ
لَقِيطُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَذَلِكَ الْمُسْلِمِ ، تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كَانَ أَهْلُهَا أَهْلَ ذِمَّةٍ ، حُكِمَ بِكُفْرِهِ ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْبَ حُكْمِ

وَاسْتِحْقَاقِ الْعَوَضِ لَا يَجْتَمِعَانِ ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مَا إِذَا كَانَ لِلْقِيطِ مَالٌ
تَعَذَّرَ إِنْفَاقُهُ لِمَانَعٍ ، أَوْ يُنْتَظَرُ حَصُولُهُ مِنْ وَقْفٍ ، أَوْ غَيْرِهِ .

قوله : وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ - بِلَا نِزَاعٍ - إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ ، وَلَا مُسْلِمٍ
فِيهِ ، فَيَكُونُ كَافِرًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَالْمَذْهَبُ
عِنْدَ الْأَصْحَابِ ، الْحُكْمُ بِكُفْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَقَالَ
الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَحَكَى صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » وَجْهًا بِأَنَّهُ مُسْلِمٌ ؛ اعْتِبَارًا بِفَقْدِ أُبُونِهِ .

الشرح الكبير

الإسلام إنما يكون مع الاحتمال . فأما بلد الكفار فضربان ؛ أحدهما ، بلد كان للمسلمين فعَلَبَ الكفار عليه ، كالساحل ، فهذا كالقسم الذي قبله : إن كان فيه مسلمٌ حُكِمَ بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلمٌ فهو كافرٌ . وقال القاضي : يُحْكَمُ بإسلامه أيضًا ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن يكون فيه مؤمنٌ يَكْتُمُ إيمانه ، بخلاف الذي قبله ، فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام . الثاني ، دار لم تكن للمسلمين أصلًا ؛ كبلاد الهند والروم ، فإن لم يكن فيها مسلمٌ ، فلقيطها كافرٌ ؛ لأن الدار لهم وأهلها منهم . وإن كان فيها مسلمون ؛ كالتجار ، وغيرهم ، ففيه وجهان ؛

الإنصاف

فائدة : لو كان في دار الإسلام بلدٌ ، كل أهلها أهلٌ^(١) ذمّة ، ووُجِدَ فيها لقيطٌ ، حُكِمَ بكفره ، وإن كان فيها مسلمٌ ، حُكِمَ بإسلامه ، قولًا واحدًا فيهما ، عند المصنّف ، والشارح ، وغيرهم . وقيل : يُحْكَمُ بإسلامه إذا كان كل أهلها أهلٌ^(٢) ذمّة . قال الحارثي : اختاره القاضي ، وابن عَقِيل .

قوله : فإن كان فيه مسلمٌ ، فعلى وجهين . يعني ، إذا كان في بلد الكفار مسلمٌ ولو واحدًا . قاله في « التلخيص » ، و « شرح الحارثي » . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « شرح الحارثي » ، و « الكافي » ، و « شرح ابن منجي » ؛ أحدهما ، يُحْكَمُ بكفره . وهو المذهب . جزم به في « المنور » . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ،

(١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : أ .

المقنع وَمَا وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَنِيهِ أَوْ
تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ مَذْفُونًا

الشرح الكبير أحدهما ، يُحَكَّمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ . وَالثَّانِي ، يُحَكَّمُ بِكُفْرِهِ ،
تَغْلِيْبًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ . وَهَذَا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ :
أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الطِّفْلَ إِذَا وَجَدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ مِيتًا فِي
أَيِّ مَكَانٍ وَجَدَ ، أَنَّهُ يَجِبُ غَسْلُهُ وَدَفْنُهُ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ مَنَعُوا
أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ : وَإِذَا وَجَدَ لَقِيطًا فِي
قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هَذَا قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

٢٥٢٣ - مَسْأَلَةٌ : (وَمَا وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ،
أَوْ مَالٍ فِي جَنِيهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ

و « الْفَائِقِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُحَكَّمُ بِإِسْلَامِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : مِثْلُ الْأَصْحَابِ فِي الْمُسْلِمِ هُنَا بِالتَّاجِرِ
وَالْأَسِيرِ ، وَاعْتَبَرُوا إِقَامَتَهُ زَمَنًا مَا ، حَتَّى صَرَّحَ فِي « التَّلْخِصِ » ، أَنَّهُ لَا يَكْفِي
مُرُورُهُ مُسَافِرًا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ سَاكِنٌ ، فَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ .
الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : لَوْ كَثُرَ الْمُسْلِمُونَ فِي بَلَدِ الْكُفَّارِ ، فَلَقِيطُهَا مُسْلِمٌ .
وَقَالَ ابْنُ عَبْدُوسَ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَمِثْلُ مَسْأَلَةِ الْخِلَافِ فِي « الرَّعَايَةِ » بِالْمُسْلِمِ الْوَاحِدِ .
قَوْلُهُ : وَمَا وَجَدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَنِيهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ،
أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ،

تَحْتَهُ ، أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

كان مَذْفُونًا تَحْتَهُ ، أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ (وجملة ذلك ، أَنَّ مَا وَجَدَ مع اللَّقِيطِ فهو له ، يُنْفَقُ عليه منه . وبه قال الشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وله يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورِثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيَّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ فَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيَثْبُتُ بِذَلِكَ مِلْكًا لَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَمِنْ [١٩٨/٥ ظ] ذَلِكَ ، مَا كَانَ لِابْنِهِ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ تَحْتَهُ مَجْعُولًا^(١))

الإصناف

و « الكافي » ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ : وَكَذَلِكَ كَانَ مَذْفُونًا^(٢) فِي دَارٍ ، أَوْ خِيَمَةٍ ، تَكُونُ لَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمَجْدِ وَجَمَاعَةٍ خِلَافَهُ .
قوله : وَإِنْ كَانَ مَذْفُونًا تَحْتَهُ - يَعْنِي ، إِذَا كَانَ الدَّفْنُ طَرِيقًا - أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا مَسْأَلَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا كَانَ مَذْفُونًا [٢٣٤/٢ و] تَحْتَهُ ، وَالدَّفْنُ طَرِيقًا ، فَأُطْلِقَ فِيهِ وَجْهَيْنِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لَهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، صَحِّحُهُ^(٣) فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « تَذَكِيرَةُ ابْنِ عَبْدِوسٍ » .
قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَكُونُ لَهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي م : « أَوْ مَجْعُولًا » .

(٢) فِي ط : « مَجْعُولًا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فيه ؛ كالتسريح ، والسفط^(١) ، وما فيه من فرشٍ أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه . وإن كان مشدوداً على دابة ، أو كانت مشدودة في ثيابه . أو كان في خيمة أو دار ، فهي له . وأما المنفصل عنه ، فإن كان بعيداً منه ، فليس في يده . وإن كان قريباً منه ؛ كتوب موضوع إلى جانبه ؛ ففيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنه منفصل عنه ، فهو كالبعيد . والثاني ، هو له ؛ لأن الظاهر أنه ترك له ، فهو كالذي تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأنه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك حمله قريباً منه . وهذا أصح . فأما المدفون تحته ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر

الإنصاف و « المستوعب » ، و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « النظم » ، و « شرح ابن رزين » . وهو المذهب ، على المصطلح في الخطبة . وحكى في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفائق » وجهاً ، أنه له ، ولو لم يكن الدفن طرياً . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وهو بعيد جداً . ولم يذكره في « المعنى » ، و « الشرح »^(٢) ، و « الفروع » ، و « شرح الحارثي » . الثانية^(٣) ، إذا كان مطروحاً قريباً منه ، فأطلق المصنف فيه الوجهين ، وأطلقهما في « المذهب » ، و « الكافي » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « ابن منجي » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ،

(١) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب ونحوه من أدوات النساء .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ط : « الثالثة » .

وَأُولَى النَّاسِ بِحَضَانَتِهِ وَاجِدُهُ إِنْ كَانَ أَمِينًا .

المقنع

الشرح الكبير

طَرِيًّا فَهُوَ لَهُ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ طَرِيًّا فَوَاضِعُ اللَّقِيطِ حَفَرَهُ ،
وَإِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيًّا ، كَانَ مَدْفُونًا قَبْلَ وَضْعِهِ . وَقِيلَ : لَيْسَ هُوَ لَهُ بِحَالٍ ؛
لَأَنَّهُ بِمَوْضِعٍ لَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْحَفَرُ طَرِيًّا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِذَا كَانَ
طَرِيًّا ، كَالْبَعِيدِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ ، لَشَدَّهُ وَاضِعُهُ فِي ثِيَابِهِ ،
لِيُعْلَمَ بِهِ ، وَلَمْ يَتْرُكْهُ فِي مَكَانٍ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَا حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَيْسَ
لَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ اللَّقْطَةِ أَوْ الرَّكَازِ .

٢٥٢٤ - مسألة : (وَأُولَى النَّاسِ بِحَضَانَتِهِ وَاجِدُهُ إِنْ كَانَ أَمِينًا)

لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَقَرَّ اللَّقِيطَ فِي يَدِ أَبِي جَمِيلَةَ ، حِينَ قَالَ عَرِيفُهُ :
إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . وَلِأَنَّهُ سَبَقَ إِلَيْهِ ، فَكَانَ أُولَى بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ

و « الفائق » ، و « النَّظْمِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لَهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
صَحَّحَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائق » ، و « التَّصْحِيحِ » .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَكُونُ لَهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ،
و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْبَنَّا . وَلَنَا قَوْلُ ثَالِثٍ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَتَيْنِ
بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمُلقَى قَرِيبًا مِنْهُ وَبَيْنَ الْمَدْفُونِ تَحْتَهُ ، فَيَكُونُ الْمُلقَى الْقَرِيبُ لَهُ دُونَ
الْمَدْفُونِ تَحْتَهُ . قَالَهُ فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَقَطَعَ بِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيَقْتَضِيهِ إِبْرَاهُ فِي
« الْمُعْنَى » . قُلْتُ : قَدَّمْتُ فِي « الْكَافِي » ، و « النَّظْمِ » ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَدْفُونُ .
وَأُطْلِقًا فِي الْمُلقَى الْقَرِيبِ الْوَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

المقنع وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

الشرح الكبير سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ^(١) . وَهَلْ يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ ، كَمَا لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ فِي اللَّقْطَةِ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْإِشْهَادِ حِفْظُ النَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَاخْتَصَّ بِوُجُوبِ الشَّهَادَةِ ، كَالنِّكَاحِ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا حِفْظُ الْمَالِ ، فَلَمْ يَجِبِ الْإِشْهَادُ فِيهَا ، كَالْبَيْعِ .

٢٥٢٥ - مسألة : (وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى اللَّقِيطِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ وَمَا حُكِمَ لَهُ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ كِفَايَتُهُ ، لَمْ تَجِبْ نَفَقَتُهُ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ ذُو مَالٍ ، فَأُشْبِهَ غَيْرَهُ مِنَ النَّاسِ . وَلَمُلْتَقِطُهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ [١٩٩/٥ و] الْحَاكِمِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِذْنُ الْحَاكِمِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ . وَلِأَنَّ هَذَا مِنَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ ، كَتَبْدِيدِ الْخَمْرِ . وَرَوَى أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ أَوْدَعَ رَجُلًا مَالًا ، وَغَابَ وَطَالَتْ غَيْبَتُهُ ،

الإِنصافُ قَوْلُهُ : وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

الشرح الكبير

وله وَلَدٌ ، ولا نَفَقَةٌ له ، هل يُنْفِقُ عليهم هذا المُسْتَوْدَعُ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ؟ فقال : تَقُومُ امْرَأَتُهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، حَتَّى يَأْمُرَهُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ . فلم يَجْعَلْ له الْإِنْفَاقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . فقال بعضُ أَصْحَابِنَا : هذا مِثْلُهُ . والصَّحِيحُ أَنَّ هذا مُخَالِفٌ له مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمُتَلَقِّطَ له وَلَايَةٌ عَلَى اللَّقِيطِ وَعَلَى مَالِهِ ؛ فَإِنَّ له وَلَايَةَ أَخْذِهِ وَحِفْظِهِ . والثَّانِي ، أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ ، وهذا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ مَالِ أَبِيهِ ^(١) مَشْرُوطٌ بِكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ ؛ لَعَدَمِ مَالِهِ ، وَعَدَمِ نَفَقَةِ تَرْكِهَا أَبُوهُ بِرِسْمِهِ ، وذلك لَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُودَعِ ، فَاحْتِيجُ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَلَا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُوبِ اسْتِثْنَانِ الْحَاكِمِ ثُمَّ وُجُوبُهُ فِي اللَّقِيطِ . ومتى لم يَجِدْ حَاكِمًا ، فله الْإِنْفَاقُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ . وقال الشافعي : ليس له أَنْ يُنْفِقَ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ، وَإِنْ أَنْفَقَ ضَمِنَ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ لِأَبِي الصَّغِيرِ وَدِيعَةٌ عِنْدَ إِنْسَانٍ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ له عَلَى مَالِهِ ، وَإِنَّمَا له حَقُّ الْحَضَانَةِ . فَإِنْ لم يَجِدْ حَاكِمًا ، ففِي جَوَازِ الْإِنْفَاقِ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ابْتِدَاءً ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا وَلَايَةَ له عَلَى مَالِهِ ، فَإِنَّا قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ له

وهو وَجْهٌ فِي « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَرَدَّ هَذِهِ الرُّوَايَةَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . ذَكَرَهُ الْإِنصَافُ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وَكَذَا الْمُصَنِّفُ ، نَقَلَهُ الزُّرْكَشِيُّ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا ، إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ، وَنَوَى الرُّجُوعَ .

(١) فِي م : « اللَّهُ » .

وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ،

أَخَذَهُ وَحَفَظَهُ ، وَهُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ ، وَذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَبَيْنَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ التُّهْمَةِ ، وَأَقْطَعُ لِلظَّنِّ ، وَفِيهِ خُرُوجٌ مِنَ الْخِلَافِ وَحِفْظٌ لِمَالِهِ مِنْ أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي وَلِيِّ الْيَتِيمِ . فَإِنْ بَلَغَ اللَّقِيطُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا أَنْفَقَ ، وَفِي التَّفْرِيطِ فِي الْإِنْفَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنفِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ .

٢٥٢٦ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ) الْمُلتَقِطُ (فَاسِقًا) لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ حِفْظَهُ لِلْوِلَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : وَإِنْ لَمْ [١٩٩/٥ ط] يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ؛ لِئَلَّا يَدَّعِيَ رَقَّهُ . فَعَلَى قَوْلِهِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَيُضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّا إِذَا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، فَهِيَ أَوْلَى . قَالَ الْقَاصِي : وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِي حِفْظِ مَالِهِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَخْتَمِسُ اعْتِبَارُ إِذْنِ الْحَاكِمِ فِيهِ . وَمِنْهَا ، قَبُولُ الْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مُفْتَضَى قَوْلِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، أَنَّهُ لِلْمُلْتَقِطِ ، وَمُفْتَضَى كَلَامِ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، أَنَّهُ لِلْحَاكِمِ . قُلْتُ : كَلَامُ صَاحِبِ « الْمُعْنَى » مُوَافِقٌ لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فِي ذَلِكَ .

قوله : وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، أَوْ رَقِيقًا ، أَوْ كَافِرًا ، وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ

الشرح الكبير

يُنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ . وَيُفَارِقُ اللَّقْطَةَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ
مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هُنَا إِلَّا الْوَلَايَةُ . الثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ لَوْ انْتَزَعْنَاهَا
مِنْهُ رَدَدْنَاهَا إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَلِذَلِكَ احْتِطْنَا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِهَا فِي يَدِهِ ، وَهُنَا
لَا يُرَدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْانْتِزَاعِ مِنْهُ بِحَالٍ ، فَكَانَ الْانْتِزَاعُ أَحْوَجَ ^(١) . وَالثَّالِثُ ،
أَنَّ الْمَقْصُودَ ثُمَّ حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ الْإِحْتِيَاظُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَظْهَرَ عَلَيْهِ فِي
التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصِبَ الْحَاكِمُ مَنْ يُعْرِفُهَا ، وَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ
وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْاسْتِظْهَارِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدَّعَى رِقَهُ فِي بَعْضِ
الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى حِفْظِهَا
وَالإِحْتِيَاظِ عَلَيْهَا عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْإِحْتِيَاظِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
زَمَانِهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يُنْتَزَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ
لَهُ الْوَلَايَةَ بِالتَّقَاطُفِ إِيَّاهُ وَسَبْقِهِ إِلَيْهِ ، وَأُمْكِنَ حِفْظُهُ فِي يَدَيْهِ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ،
وَضَمَّ أَمِينَ يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ وَيُشِيعُ أَمْرَهُ ، فَيُظْهَرُ أَنَّهُ لَقِيطٌ ، فَيَنْحَفِظُ بِذَلِكَ

فِي الْمَوَاضِعِ ، أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّرْ فِي يَدِهِ . يُشْتَرَطُ
فِي الْمُلْتَقِطِ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ قَالَ الْمُصَنِّفُ قَبْلَ
ذَلِكَ : وَأَوَّلَى النَّاسِ بَحْضَانَتَهُ وَاجِدُهُ ، إِنْ كَانَ أَمِينًا . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ :
الْمَذْهَبُ عَلَى ذَلِكَ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي
« الْفَائِقِ » : وَتُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ فِي أَصْحَابِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِاشْتِرَاطِ الْأَمَانَةِ فِي الْمُلْتَقِطِ
فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) فِي م : أَحْفَظْ .

من غير زوال ولايته ، جمعا بين الحَقَّين ، كاللُّقْطَةِ ، وكما لو كان الوَصِيُّ خائئا . قال شيخنا^(١) : وما ذكره القاضي من التَّرْجِيحِ لِلْقُطْعَةِ ، يُمَكِّنُ مُعَارَضَتَهُ بِأَنَّ اللَّقِيطَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ لَا تَخْفَى الْخِيَانَةُ فِيهِ ؛ بِخِلَافِ اللَّقْطَةِ ؛ فَإِنَّهَا خَفِيَّةٌ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا الْخِيَانَةُ وَلَا يُعْلَمُ بِهَا ، وَيُمْكِنُ أَخْذُ بَعْضِهَا وَتَنْقِيصُهَا وَإِبْدَالُهَا ، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ . وَلِأَنَّ الْمَالَ مَحَلُّ الْخِيَانَةِ ، وَالنُّفُوسُ إِلَى أَخْذِهِ دَاعِيَةٌ ؛ بِخِلَافِ النُّفُوسِ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى أَرَادَ هَذَا الْمُتَلَقِّطُ السَّفَرَ بِاللَّقِيطِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُبْعِدُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حَالَهُ ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَدَّعِيَ رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ مَسْتَوْرَ الْحَالِ ، لَمْ تُعْرَفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ وَلَا خِيَانَةٍ ، أُقِرَّ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَدْلِ فِي لُقْطَةِ الْمَالِ

وغيرهم . وقطع في « الوجيز » ، و « المُحَرَّر » ، وغيرهما ، أَنَّهُ لَا يُقَرُّ بِإِدِّ فَاسِقٍ . وقدمه في « الكافي » ، و « الشرح » ، و « النَّظْم » ، و « الْفُرُوع » ، وغيرهم . وقيل : يُقَرُّ بِإِدِّ الْفَاسِقِ ، إِذَا كَانَ أَمِينًا . وقدمه في « الرِّعَايَةِ » فِي مَوْضِعٍ ، وَابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ . فظَاهِرُهُ ، أَنَّهُ إِذَا أَقَامَ بِهِ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا . وَأَجْرَاهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، و « الْفُرُوع » ، وغيرهما عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَقَالَ الْمُصَنِّفُ وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ عَلَى قَوْلِهِ : يَنْبَغِي أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيُشْهِدَ عَلَيْهِ ، وَيُشِيعَ أَمْرَهُ ؛ لِئَوْثَانٍ مِنَ التَّقْرِيطِ فِيهِ .

الإنصاف

تنبيه : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . أَنَّ مَسْتَوْرَ الْحَالِ يُقَرُّ فِي

(١) في : المغنى ٣٦١/٨ .

الشرح الكبير

والولاية في النكاح والشهادة فيه ، وفي أكثر الأحكام ؛ لأن الأصل في [٢٠٠/٥] المسلم العدالة ؛ ولذلك قال عمر ، رضى الله عنه : المسلمون غدولٌ بعضهم على بعض . فإن أراد السفر بليطه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يُقرُّ في يديه . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لم تتحقق أمانته ، فلا تؤمن الخيانة منه فيه . والثاني ، يُقرُّ في يديه ؛ لأنه يُقرُّ في يديه في الحضر من غير مُشرفٍ يُضَمُّ إليه ، فأشبه العدل ، ولأن الظاهر الستر والصيانة . فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته ، فيُقرُّ اللقيط في يده حَضراً وسَفْراً ؛ لأنه مأمونٌ إذا كان سفره لغير الثقلة .

الإنصاف

يده . وهو صحيح ، وهو المذهب . وجزم به في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، و « الفائق » ، وغيرهم . لكن لو أراد السفر به ، فهل يُقرُّ بيده ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في « المغني » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، و « الزركشي » ، و « شرح الحارثي » ، و « الفائق » ، وغيرهم ؛ أحدهما ، لا يُقرُّ بيده . جزم به في « الكافي » . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . والثاني ، يُقرُّ في يده . وأما الرقيق ؛ فليس له التقاطه إلا بإذن سيده ، اللهم إلا أن لا يجد من يلتقطه ، فيجب التقاطه ؛ لأنه تخلص له من الهلكة . أما مع وجود من هو أهل للتقاط ، فقطع كثير من الأصحاب بمنعه من الأخذ ؛ معللاً بأنه لا يُقرُّ في يده ، أو بأنه لا ولاية له . قال الحارثي : وفيه نظر ؛ فإن أخذ اللقيط قربةً ، فلا يختصُّ بحرٌّ ، وعدم الإقرار بيده دواماً لا يمنع أخذه ابتداءً . فعلى المذهب ، إن أذن له سيده ، فهو نائبه ، وليس له الرجوع [٢٣٤/٢ ط] في الإذن .

٢٥٢٧ - مسألة : فإن كان المُلْتَقِطُ رَقِيقًا ، لم يُقَرَّ في يده . وجُمْلَةُ ذلك ، أنه ليس للعَبْدِ التِّقَاطُ الطِّفْلِ المَنْبُودِ إِذَا وُجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يُذْهِبُهَا فِي غَيْرِ نَفْعِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى اللَّقِيطِ إِلَّا الْوِلَايَةُ ، وَلَا وِلَايَةُ لِعَبْدٍ . فَإِنْ التَّقَطَّ ، لم يُقَرَّ في يده إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ، أَقَرَّ في يده ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ ، فَصَارَ كَمَا لو التَّقَطَّ سَيِّدُهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِذَا أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ ، لم يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَصَارَ كَمَا لو التَّقَطَّ السَّيِّدُ . وَالْحُكْمُ فِي الْأُمَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْعَبْدِ . فَأَمَّا إِنْ لم يَجِدْ أَحَدًا يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ، وَجَبَ التِّقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَهُوَ كَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَالْمُدَبَّرُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعَلَّقُ عُنُقَهُ بِصِفَةٍ ؛ كَالْقَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ وَلَا بِمَنَافِعِهِ إِلَّا أَنْ يَأْذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ .

قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

فَائِدَةٌ : الْمُدَبَّرُ ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعَلَّقُ عُنُقَهُ ، كَالْقَيْنِ ؛ لِقِيَامِ الرِّقِّ ، وَالْمُكَاتَبِ كَذَلِكَ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَمِنْ بَعْضِهِ رَقِيقٌ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِكْمَالِ الْحَضَانَةِ . وَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَلَيْسَ لَهُ التِّقَاطُ الْمُسْلِمِ ، وَلَا يُقَرَّ بِيَدِهِ . وَمُرَادُهُ بِالْكَافِرِ هُنَا ، الذَّمِيُّ ، وَإِنْ كَانَ الْحَرَبِيُّ بِطَرِيقِ أَوَّلَى .

أَوْ كَافِرًا وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، المقنع

٢٥٢٨ - مسألة : (أَوْ كَافِرًا وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ) ليس للكافر التقطاع من حُكْمِ بِإِسْلَامِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيْبُهُ عَلَى دِينِهِ ، وَيَنْشَأُ عَلَى ذَلِكَ ، كَوَلَدِهِ . فَإِنْ التَّقَطَّه ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . فَإِنْ كَانَ الطُّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ التَّقَاطُهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

٢٥٢٩ - مسألة : (أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ) ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدَوِيَّيْنِ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدِ مُلْتَقِطِهِ

الإنصاف تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْكَافِرَ إِذَا التَّقَطَّ مِنْ حُكْمِ بَكُفْرِهِ ، أَنَّهُ يُقَرَّ بِيَدِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . لَكِنْ لَوْ التَّقَطَّه مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ : هُمَا سَوَاءٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : الْمُسْلِمُ أَحَقُّ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالتَّائِظُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ بَلَا تَرَدُّدٍ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا .

فائدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ فِي الْمُلْتَقِطِ أَيْضًا ، أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا ، فَلَا يُقَرَّ بِيَدِ صَبِيٍّ ، وَلَا مَجْنُونٍ . الثَّانِيَةُ ، يُشْتَرَطُ الرُّشْدُ ، فَلَا يُقَرَّ بِيَدِ السَّفِيهِ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«التَّلْخِصِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ» ، ثُمَّ قَالَ : قُلْتُ : وَالسَّفِيهِ كَالْفَاسِقِ . انْتَهَى . لِأَنَّهُ

أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَالثَّانِي ، يُؤْخَذُ مِنْهُ فَيُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ قَرَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ وَأَخَفُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا^(١) يَكُونَ وَلِيًّا عَلَى غَيْرِهِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَصَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا ، أَنَّهُ يُقَرُّ بِيَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْأَمَانَةِ وَالتَّرَبُّيَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَصَحُّ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأَمَّا إِذَا التَّقَطُّهُ الْبَدَوِيُّ الَّذِي يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا أَنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَقْوَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرُّ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » : مَتَى وَجَدَهُ فِي فَضَاءٍ خَالٍ ، فَلَهُ نَقْلُهُ حَيْثُ شَاءَ . وَأَمَّا إِذَا التَّقَطُّهُ مَنْ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الزُّرْكَاشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يُقَرُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ صَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » .

الإنصاف

(١) سقط من : ط .

أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . ^{المقنع}
وَإِنْ التَّقَطُّهُ فِي الْبَادِيَةِ مُقِيمٌ فِي حِلَّةٍ ، أَوْ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى الْحَضَرِ
أَقَرَّ مَعَهُ . وَإِنْ التَّقَطُّهُ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَهَلْ يُقَرُّ
فِي يَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٥٣٠ - مسألة : وإن (وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ وَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ،
لم يُقَرَّ فِي يَدِهِ) لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مَقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحُ لَهُ فِي دِينِهِ
وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَعُهُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا وُجِدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ
[٢٠٠/٥ ظ] وَلَدَ فِيهِ ، فَبَقَاؤُهُ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، وَظُهُورِ أَهْلِهِ ،
وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ .

٢٥٣١ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطُّهُ فِي الْبَادِيَةِ مُقِيمٌ فِي حِلَّةٍ) أَقَرَّ فِي
يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُهُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَةِ وَالِدَّعَةِ وَالذِّينِ .
٢٥٣٢ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطُّهُ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ
آخَرَ) لِلْإِقَامَةِ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى
لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُتَنَقِّلِ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ،

قوله : وَإِنْ التَّقَطُّهُ فِي الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ النُّقْلَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَهَلْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؟
الإِنْصَافُ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي »

المقنع وَإِنْ التَّقَطَّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ [١٥١ ط] الْمُؤَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى الْمُعْسِرِ ،
وَالْمُقِيمُ عَلَى الْمُسَافِرِ .

الشرح الكبير يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ (لأنَّ وِلايَتَهُ ثَابِتَةٌ) ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرَّرُ
فِي يَدِهِ ، كَالْمُنْتَقِلِ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ ، وَفَارَقَ
الْمُنْتَقِلَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهِ بَتَقْوِيَتِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ .

٢٥٣٣ - مسألة : (وَإِنْ التَّقَطَّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ الْمُؤَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى
الْمُعْسِرِ ، وَالْمُقِيمُ عَلَى الْمُسَافِرِ) فَإِنْ اسْتَوَيَا وَتَشَاخَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . إِذَا

الإنصاف الصَّغِيرِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيُّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا (٢) يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ
الْمَذْهَبِ . قُدِّمَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرَّرُ .
وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ ، وَصَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » .
فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ نَقَلَهُ مِنْ بَلَدٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، فِيهِ الْوَجْهَانِ . قَالَه
الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ نَقَلَهُ مِنْ حِلَّةٍ إِلَى حِلَّةٍ .
تَنْبِيهِ : يُسْتَشْنَى مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، لَوْ كَانَ الْبَلَدُ وَبِيئًا ؛ كَعُورِ بَيْسَانَ وَنَحْوِهِ ،
فَإِنَّهُ يَجُوزُ النَّقْلُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَتَعَيَّنَ الْمَصْلَحَةُ فِي النَّقْلِ . قَالَه الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ :
فِيْعَايِي بِهَا . الثَّالِثَةُ ، حَيْثُ يُقَالُ بِانْتِزَاعِهِ مِنَ الْمُتَقَطِّطِ ، فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمَسَائِلِ ،
فَإِنَّمَا ذَلِكَ عِنْدَ وُجُودِ الْأَوَّلَى بِهِ . أَمَّا إِذَا لَمْ يُوجَدْ ، فَأَقْرَارُهُ فِي يَدِهِ أَوَّلَى ، كَيْفَ
كَانَ ؛ لَرُجْحَانِهِ بِالسَّبْقِ إِلَيْهِ .

قوله : وَإِنْ التَّقَطَّهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ الْمُؤَسِّرُ مِنْهُمَا عَلَى الْمُعْسِرِ ، وَالْمُقِيمُ عَلَى

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

التَّقَطُّهُ اثنان وتَنَاوَلَاهُ تَنَاوُلًا وَاحِدًا ، لم يَخْلُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أن يكون أَحَدُهُمَا مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدْلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَالْكَافِرِ - إِذَا كَانَ الْمُتَقَطُّ ^(١) مُسْلِمًا - وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ دُونَ شَرِيكِهِ ، كَمَنْ التَّقَطُّهُ وَحْدَهُ ، وَلَأَنَّ الشَّرِيكَ لَوْ التَّقَطُّهُ وَحْدَهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِلْقَاطِ ، كَانَ أَوْلَى بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَإِقْرَارِهِ فِي يَدِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُنَزَّعُ مِنْهُمَا وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنَّ أَحَدَهُمَا أَحْظَ لِلْقَيْطِ مِنَ الْآخَرِ ، بَأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُ لِلطُّفْلِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُقِيمًا وَالْآخَرُ مُسَافِرًا ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالطُّفْلِ .

المُتَقَطُّ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ، أَنَّ الْبَلَدِيَّ وَضِدَّهُ ، وَالْكَرِيمَ وَضِدَّهُ ، وَالْإِنْصَافَ وَظَاهِرَ الْعَدَالَةِ وَضِدَّهُ ، فِي ذَلِكَ عَلَى جَدِّ سِوَاءٍ . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » : يُقَدَّمُ الْبَلَدِيُّ عَلَى ضِدِّهِ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(٢) ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ . انْتَهَى . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ ظَاهِرُ الْعَدَالَةِ عَلَى ضِدِّهِ . وَهِيَ اخْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ الْحَارِثِيُّ .

(١) فِي رَأْيِ : « اللَّقِيطِ » .

(٢) الْمُعْنَى ٣٦٤/٨ .

فصل : وإن التَّقَطَّ مُسْلِمٌ وكَافِرٌ طِفْلاً مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَاَلْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وقال أصحابنا ، وأصحابُ الشافعي : هما سواء ؛ لأنَّ للكافر ولايةً على الكافر ، ويُقَرُّ في يَدِهِ إذا انفَرَدَ بِالتَّقَاطِطِ ، فساوَى المُسْلِمَ في ذلك . ولنا ، أنَّ دَفْعَهُ إلى المُسْلِمِ أَحَظُّ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعَدُ في الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزِيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالتَّرْجِيحُ بهذا أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةُ عَلَيْهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بَخِيلًا ، فَلَا تَحْصُلُ التَّوْسِيعَةُ ، فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرْجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا [٢٠١/٥ و] وَالْكَافِرُ مُوسِرًا ، فَاَلْمُسْلِمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ لَهُ بِكُفْرِهِ . وَعِنْدَهُمْ ، يُقَدَّمُ الْكَافِرُ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛ لِأَنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْجَهَةِ الَّتِي يَحْصُلُ لَهُ الْحَظُّ فِيهَا بِالْيَسَارِ .

فائدة : الشَّرِكَةُ فِي الْإِلْتِقَاطِ أَنْ يَأْخُذَهَا جَمِيعًا ، وَلَا اعْتِبَارَ بِالْقِيَامِ الْمَجْرَدِ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حَقِيقَةُ الْأَخْذِ ، فَلَا يُوجَدُ بِدُونِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ الْغَيْرُ بِأَمْرِهِ ، فَالْمُلْتَقِطُ هُوَ الْآمِرُ ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشِرَ نَائِبٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَأَسْتِنَائِيَّتِهِ فِي أَخْذِ الْمُبَاحِ .

تنبيه : دَخَلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ التَّقَطَّ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ . وَهُوَ كَذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالْحَارِثِيُّ [٢٣٥/٢ و] وَالنَّاطِظُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ أَيْضًا .

فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاخَا ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٣٤ - مسألة^(١) : (فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاخَا ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا) إذا تَسَاوَيَا فِي الْأَوْصَافِ الَّتِي تَقْتَضِي تَقْدِيمَ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْإِثَارِ بِهِ . وَإِنْ تَشَاخَا أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَمُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾^(٢) . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ تَهَايَاهُ يَوْمًا وَيَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ ، أَضَرَّ بِالطِّفْلِ ؛ لِاخْتِلَافِ الْأَغْذِيَةِ عَلَيْهِ وَالْأَنْسِ وَالْإِنْفِ ، وَلَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا بَغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَسَاوٍ ، فَتَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا بَغَيْرِ قُرْعَةٍ تَحْكُمُ لَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا يُقْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي تَعْيِينِ السُّهُامِ فِي الْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ النِّسَاءِ فِي الْبِدَايَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْإِعْتَاقِ . وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سَوَاءٌ ، وَلَا تَرْجَحُ الْمَرْأَةُ هَهُنَا كَمَا تَرْجَحُ فِي حَضَانَةِ وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهَا رَجَحَتْ ثُمَّ لَشَفَقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَوَلَّىهَا لِحَضَانَتِهِ بِنَفْسِهَا وَالْأَبُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَكَانَتْ أُمُّهُ أَحْظَ لَهُ وَأَرْفَقَ بِهِ ، أَمَّا هَهُنَا فَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّقِيطِ ، وَالرَّجُلُ

قوله : فَإِنْ تَشَاخَا ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، والإنصاف ، وقطع به أكثرهم ؛ منهم صاحب « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْقَوَاعِدِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » . وَقِيلَ : يُسَلِّمُهُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَذَكَرَ

(١) سقط من : م .

(٢) سورة آل عمران ٤٤ .

يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَاسْتَوَيَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ (١) فِي هَذَا " عَلَى مَا ذَكَرْنَا .
فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْتَوْرَ الْحَالِ وَالْآخَرُ ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ ، اخْتَمَلَ تَرْجِيحُ ظَاهِرِ
الْعَدَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِلْتِقَاطِ مُنْتَفٍ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ شَكٍّ ، وَالْآخَرُ مَشْكُوكٌ
فِيهِ ، فَيَكُونُ الْحِظُّ لِلطَّافِلِ فِي تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ أَتَمَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ
اِحْتِمَالَ وُجُودِ الْمَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي التَّرْجِيحِ .

فصل : وَإِنْ رَأَيَاهُ جَمِيعًا ، فَسَبَقَ (٢) أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهُ ، أَوْ وَضَعَ يَدَهُ
عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِهِ ، عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ
إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (٣) . فَإِنْ رَأَاهُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، فَسَبَقَ إِلَى
أَخْذِهِ الْآخَرُ ، فَالسَّابِقُ إِلَى أَخْذِهِ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ هُوَ الْأَخْذُ دُونَ
الرُّوِيَّةِ . فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لَصَاحِبِهِ : نَاوِلْنِيهِ . فَأَخَذَهُ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا إِلَى
نِيَّتِهِ ؛ فَإِنْ نَوَى أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ ، [٢٠١/٥ ط] فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ
الْآخَرُ بِمُناوِلَتِهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ نَوَى مُناوِلَتَهُ فَهُوَ لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنِيَّةِ
النِّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، فِي بَابِ الْحَضَانَةِ ، أَنَّ الرَّفِيقَ إِذَا كَانَ بَعْضُهُ خُرًّا تَهَائِيًّا فِي
حَضَانَتِهِ سَيِّدُهُ وَنَسِيْبُهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، قَالَ : فَيُخْرِجُ هُنَا
مِثْلَهُ ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . انْتَهَى .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : « إِلَيْهِ » .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٩١/٥ .

٢٥٣٥ - مسألة : (فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ)
لأنَّهَا أَقْوَى . فَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا ؛ لِأَنَّ
الثَّانِي إِنْ مَا أَخَذَ مَا قَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ فِيهِ لغيرِهِ . فَإِنْ اسْتَوَى تَارِيخُهُمَا ، أَوْ
أُطْلِقَتَا ، أَوْ أُرْخَتْ إِحْدَاهُمَا وَأُطْلِقَتِ الْآخَرَى ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ يَسْقُطَانِ
أَوْ يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطَانِ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ
لَهُمَا . وَالثَّانِي ، يُسْتَعْمَلَانِ ، وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ فَهُوَ أَوْلَى .
وَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي بَابِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ كَانَ اللَّيْقُطُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ،
فَهَلْ تُقَدِّمُ بَيِّنَتَهُ ، أَوْ تُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مُبَيَّنَانِ عَلَى الرَّوَائِتَيْنِ
فِي دَعْوَى الْمَالِ .

تنبيه : قوله : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ . بِلَا نِزَاعٍ . فَإِنْ
كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا . قَالَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَب » ، وَ « الْمُسْتَوْعِب » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا ، أَوْ أُطْلِقَتَا ، أَوْ أُرْخَتْ إِحْدَاهُمَا
وَأُطْلِقَتِ الْآخَرَى ، تَعَارَضَتَا ، وَهَلْ يَسْقُطَانِ أَوْ يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛
أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطَانِ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ ، فِيمَا إِذَا تَسَاوَيَا ، فِي
« الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَب » ، وَ « الْمُسْتَوْعِب » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَغَيْرِهِمْ . وَالثَّانِي ، يُسْتَعْمَلَانِ وَيُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، كَانَ أَوْلَى بِهِ .
قَالَ فِي « الْكَافِي » : وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الْيَدِ أَوْ عَدَمِهَا ، سَقَطَتَا ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَقُدِّمَ

المقنع فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ .

الشرح الكبير

٢٥٣٦ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ)
فيكون القول قولَه مع يمينه أنه التقطه . ذكره أبو الخطاب . وهو قول
الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب أنه لا يخلف ، كما في الطلاق
والنكاح . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى
قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رواه
مسلم^(١) .

الإنصاف

بأحدهما . وجزم به ابن رزين في « شرحه » . ومحلها إذا لم يكن في يد أحدهما .
قال الحارثي : وفي بيئته المال وجه بتقديم المطلقة على المؤرخة ، وهو ضعيف ،
بل الأولى تقديم المؤرخة . انتهى . ويأتي ذلك في باب الدعاوى محرراً . فإن
كان اللقيط في يد أحدهما ، فهل تقدم بيئته الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين
في دعوى المال ، على ما يأتي في بيئته الداخل والخارج . وقال في « الفروع » :
يُقدَّم رُبُّ الْيَدِ مع بيئته ، وفي يمينه وجهان .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ : بلا نزاع . لكن هل يخلف
معهما ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما في « الكافي » ، و « الفروع » ؛ « أحدهما ، لا
يخلف . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . واختاره ابن عقيل ، والقاضي ، وقال :
هو قياس المذهب^(٢) . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . والوجه الثاني ، يخلف .
قاله أبو الخطاب ، ونصره المصنف ، والشارح . قال الحارثي : وهو الصحيح .

(١) تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ .

(٢) ٢ - ٢) سقط من : الأصل .

فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ فَوَصَفَهُ
أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ ،
المقنع

الشرح الكبير ٢٥٣٧ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا) فَيُسَلَّمُ
إِلَى مَنْ تَقَعُ لَهُ الْقُرْعَةُ مَعَ يَمِينِهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لَا تُشْرَعُ الْيَمِينُ هُنَا ،
وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ .

٢٥٣٨ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ)
نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ . أَوْ : بِجَسَدِهِ عَلَامَةٌ . فَيُقَدِّمُ بِذَلِكَ . ذَكَرَهُ

الإنصاف فائدة : قَوْلُهُ : فَإِنْ كَانَ فِي أُيْدِيهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ ، سَلَّمَ إِلَيْهِ مَعَ
يَمِينِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَقَالَ :
وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي لَا تُشْرَعُ الْيَمِينُ هُنَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » .

فائدة : لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْهُ قَهْرًا ، وَسَأَلَ الْحَاكِمَ يَمِينَهُ ، قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ إِخْلَافُهُ . وَقَالَ فِي « الْمُتَتَخَبِ » : لَا يَخْلِفُ ؛ كَطَّلَاقٍ ادَّعَى
عَلَى الزَّوْجِ .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا - يَعْنِي ، بِعَلَامَةٍ مَسْتُورَةٍ فِي
جَسَدِهِ - قُدِّمَ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ وَالتَّسْعِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقُدِّمَ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، وَصَاحِبُ « الْمُبْتَهَجِ » ،

وَالْأَسَلَمَهُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . المقنع

أبو الخطّاب . وهو قولُ أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا يُقدّم بالصفة ، كما لو وصّف المدعى المدعى ، فإنّ دَعَوَاهُ لا تُقدّم بذلك . ولنا ، أنّ هذا نوعٌ من اللقطة ، فقدّم بوصفها ، كلقطة المال ، ولأنّ ذلك يدلُّ على قوّة يده ، فكان مُقدّمًا بها . وقياسُ اللقيطِ على اللقطة أوّلَى من قياسه على غيرها ؛ لأنّ اللقيطَ لقطة . وإن لم يصِفْه أحدهما ، فقال القاضي ، وأبو الخطّاب : يُسلّمه الحاكم إلى مَنْ يَرَى منهما أو من غيرهما ؛ لأنّه لا حقّ لهما . قال شيخنا^(١) : والأوّلَى أن يُقرَعَ بينهما ، كما لو كان في أيديهما ؛ لأنّهما تنازعا حقًا في يد غيرهما ، أشبه ما لو تنازعا ودِعة عند [٢٠٢/٥ و] غيرهما .

و « الْمُنتَخَب » ، و « الْوَسِيلَة » أنّه لا يُقدّم واصِفُه . وذكره في « الفنون » ، و « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » عن أصحابنا ، وإليه مِثْلُ الْحَارِثِيِّ ؛ فإنّه نظَر على تَغْلِيلِ الْأَصْحَابِ .

فائدة : لو وصّفاه جميعًا ، أقرَعَ بينهما . قاله في « التلخيص » ، واقتصر عليه الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَالْأَسَلَمَهُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أو من غيرهما . يعنى ، إذا لم يكن في أيديهما ، ولا في يد واحدٍ منهما ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، ولا وصّفاه ، ولا أحدهما . وهذا المذهب ، وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ . قال الْحَارِثِيُّ : قال

(١) في : المغنى ٣٦٦/٨ .

فَصْلٌ : وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَّتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَّتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ)
 إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَارِثًا . وَلَا وَلَاَاءَ عَلَيْهِ . وَإِنَّمَا يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ خُوُلُوُا
 كُلَّ مَالٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَلِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ مَالَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَ اللَّقِيطِ ،
 فَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ
 سُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ^(١) : عَلَيْهِ الْوَلَاءُ لِمُلْتَقِطِهِ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ
 عَنْهُ ، لِأَبِي جَمِيلَةَ فِي لَقِيطِهِ : هُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ^(٢) . وَلَمَّا رَوَى وَائِلَةُ
 ابْنُ الْأَسْقَعِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛

الْأَصْحَابُ ، وَالْمُصَنِّفُ هُنَا : يُسَلِّمُهُ الْقَاضِي إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا .
 قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : قَالَ الْقَاضِي ، وَالْأَكْثَرُونَ : لَا حَقٌّ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ ، وَيُعْطِيهِ
 الْحَاكِمُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . انْتَهَى . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ
 بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : الْأَوَّلَى
 أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا .

فائدة : مَنْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ ، سَقَطَ .

قوله : وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَّتُهُ إِنْ قُتِلَ لَبِيتَ الْمَالِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، أَنَّ بَعْضَ
 شُيُوخِهِ حَكَى رِوَايَةً عَنْ أَحَدٍ ، أَنَّ الْمُلتَقِطَ يَرِثُهُ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،
 وَنَصَرَهُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْحَقُّ .

(١) بعده في حاشية الأصل : « والليث » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٧٩ .

عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنْتَ عَلَيْهِ . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرَمِذِيُّ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا
الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ »^(٢) . وَلَأنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ رِقٌّ ، وَلَا عَلَى آبَائِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ
عَلَيْهِ وَلَا ءَ ، كَمَعْرُوفِ النَّسَبِ . وَلَأنَّهُ لَا وَلَا ءَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ ابْنُ حُرَّيْنِ ،
وَإِنْ كَانَ ابْنُ مُعْتَقَيْنِ ، فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ وَلَا ءَ لِغَيْرِ مُعْتَقِيهِمَا . وَحَدِيثُ وَائِلَةَ
لَا يَثْبُتُ . قَالَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ فِي خَبَرِ عُمَرَ : أَبُو جَمِيلَةَ رَجُلٌ مَجْهُولٌ ،
لَا تَقُومُ بِحَدِيثِهِ حُجَّةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنَى
بَقَوْلِهِ : لَكَ وَلَاؤُهُ . وَلَايَةُ الْقِيَامِ بِهِ وَحِفْظُهُ . وَلِذَلِكَ ذَكَرَهُ عَقِيبَ قَوْلِ
عَرِيفِهِ : إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . وَهَذَا يَقْتَضِي تَفْوِيضَ الْوَلَايَةِ إِلَيْهِ ؛ لَكُونِهِ مَأْمُونًا
عَلَيْهِ ، دُونَ الْمِيرَاثِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَحُكْمُ اللَّقِيطِ فِي الْمِيرَاثِ حُكْمُ مَنْ
عُرِفَ نَسَبُهُ وَأَنْقَرَضَ أَهْلُهُ ، يُدْفَعُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ ، فَإِنْ
كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ فَلَهَا الرُّبْعُ ، وَالبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ ، كَمَنْ عُرِفَ نَسَبُهُ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ . فَإِنْ قُتِلَ خَطَأً فَالِدِيَّةُ لِبَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْمِيرَاثِ ،
وَهُوَ لِبَيْتِ الْمَالِ ، فَكَذَلِكَ الدِّيَّةُ .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ ابْنِ الْمَلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١١٣/٢ . وَالتِّرَمِذِيُّ ،
فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَرِثُ النِّسَاءَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٦٧/٨ .
كَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهٍ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ تَحْوزُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهٍ ٩١٦/٢ .
وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .
(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٢٣٤/١١ .

وَأِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ^(١) ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ
الدِّيَّةَ . وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا أَوْ
مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ .

٢٥٣٩ - مسألة : (وَإِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ ،
وَأِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ) أَيْ ذَلِكَ فَعَلَ جَازٍ إِذَا رَأَاهُ أَصْلَحَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ يُخَيِّرُهُ بَيْنَ الْقِصَاصِ
وَالْمُصَالَحَةِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ
لَهُ »^(٢) . وَمَتَى عَفَا عَلَى مَالٍ أَوْ صَالَحَ عَلَيْهِ ، كَانَ لَبِيتَ الْمَالِ ، كَجِنَايَةِ
الْخَطَا الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ .

٢٥٤٠ - مسألة : (وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ ، إِلَّا أَنْ
يَكُونَ فَقِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ) إِذَا جُنِيَ عَلَى

قوله : (وَإِنْ قُتِلَ عَمَدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَّةَ .
إِنْصَافِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقُطِعَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » وَغَيْرِهِ ،
وَذَكَرَ فِي « التَّلْخِيسِ » وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ حَقُّ الْاِقْتِصَاصِ ، وَأَنَّ أَبَا الْخَطَّابِ
خَرَّجَهُ ، قَالَ : وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَاِرْثٌ مُعَيَّنٌ ، فَالْمُسْتَحَقُّ جَمِيعُ الْمُسْلِمِينَ ، وَفِيهِمْ
صِبْيَانٌ وَمَجَانِينٌ ، فَكَيْفَ يُسْتَوْفَى ؟ قَالَ : وَهَذَا يَجْرِي فِي قَتْلِ كُلِّ مَنْ لَا وَاِرْثَ لَهُ . انْتَهَى .
قوله : (وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمَدًا ، انْتَظِرْ بُلُوغَهُ [٢٣٥/٢ ظ] . يَعْنِي ، مَعَ رُشْدِهِ . هَذَا

(١) فِي حَاشِيَةِ الْمَخْطُوطَةِ : « وَإِنْ شَاءَ عَفَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْوَلِيِّ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَيْ دَاوُدَ ٤٨١/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا
جَاءَ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَدِيِّ ١٣/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ =

اللَّقِيطِ جَنَائَةً [٢٠٢/٥ ط] فيما دُونَ النَّفْسِ تُوجِبُ الْمَالَ ، قَبْلَ بُلُوغِهِ ، فَلَوْلَيْهِ أَخْذُ الْأَرْضِ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ وَلَهُ مَالٌ يَكْفِيهِ ، وَقَفَ الْأَمْرُ عَلَى بُلُوغِهِ لِيَقْتَصَّ أَوْ يَغْفُو ، سَوَاءً كَانَ عَاقِلًا أَوْ مَعْتُوهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَكَانَ عَاقِلًا . وَإِنْ كَانَ مَعْتُوهَا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوَةَ لَيْسَتْ لَهُ حَالٌ مَعْلُومَةٌ تُنْتَظَرُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَدُومُ بِهِ ، بِخِلَافِ الْعَاقِلِ ، فَإِنَّ لَهُ حَالَةً تُنْتَظَرُ . وَيُحْبَسُ الْجَانِي فِي الْحَالِ الَّتِي يُنْتَظَرُ بُلُوغُهُ حَتَّى يَبْلُغَ وَيَسْتَوْفِيَ لِنَفْسِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ قَبْلَ بُلُوغِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ؛ كَالنَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحْتَمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَفَ عَلَى مَنْ هُوَ لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ بِالْعَا غَائِبًا . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، بَلْ هُوَ لِوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ الْمُتَوَلَّى لَهُ .

المذهب . قال الحارثي : هَذَا الصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَشْهُرُ ، يُنْتَظَرُ رُشْدُهُ ، إِذَا قُطِعَ طَرَفُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ الْمُخْتَارُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » .

= من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

الشرح الكبير

فصل : إذا جَنَى اللَّقِيطُ جِنَايَةً تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فَهِيَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُ ، وَنَفَقَتَهُ عَلَيْهِ . وَإِنْ جَنَى جِنَايَةً لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فَحُكْمُهُ فِيهَا حُكْمُ غَيْرِ اللَّقِيطِ ؛ إِنْ كَانَتْ تُوجِبُ الْقِصَاصَ وَهُوَ بِالْعِ عَاقِلٌ ، اقْتَصَرَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ وَلَهُ مَالٌ ، اسْتَوْفِيَ مِنْهُ ، وَإِلَّا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يُوسَرَ . وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحَصَّنًا ، حُدَّ ثَمَانِينَ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ .

الإنصاف

قوله : إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يَنْفَقُ عَلَيْهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، « وَغَيْرُهُمْ مِنْ الْأَصْحَابِ » . فَعَلَى هَذَا ، يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ فِعْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ رِعَايَةَ الْأَصْلَحِ ، وَالتَّعَجُّيلُ هُنَا . هُوَ الْأَصْلَحُ . قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، وَلَا يَجِبُ .

تنبيه : دَخَلَ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : انْتِظِرْ بُلُوغَهُ . أَنَّهُ لَوْ كَانَ فَقِيرًا عَاقِلًا ، فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يَنْفَقُ عَلَيْهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الشَّرْحِ » هُنَا ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَ « الْمُغْنَى » هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لِلْإِمَامِ ذَلِكَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، فِي بَابِ الْقَوَدِ ، عِنْدَ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : إِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي الْقَتْلِ : هَذَا أَصَحُّ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْكَافِي » ، فِي بَابِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، فِي بَابِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ . وَحَكَاهُ الْمَجْدُ عَنْ نَصِّ أَحْمَدَ . وَفِي بَعْضِ نُسَخِ « الْمُقْنِعِ » :

المقنع وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَوْ قَاذِفُهُ رِقَّةً ، وَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ .

الشرح الكبير ٢٥٤١ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَوْ قَاذِفُهُ رِقَّةً ، وَكَذَّبَهُ
اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ) إِذَا قَذَفَ اللَّقِيطُ قَاذِفٌ ، وَهُوَ
مُحْصَنٌ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ، فَإِنْ ادَّعَى الْقَاذِفُ رِقَّةً ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ

الإنصاف هنا : إِلَّا أَنْ : يَكُونُ فَقِيرًا أَوْ مَجْنُونًا . بـ « أَوْ » ، لَا بـ « الْوَاوِ » . وَقَدْ قَالَ
الْمُصَنِّفُ ، فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي بَابِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ : فَإِنْ كَانَا مُحْتَاجَيْنِ إِلَى
النَّفَقَةِ ، يَعْنِي وَكَذَا الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، فَهَلْ لَوَئِيْهُمَا الْعَفْوُ عَنِ الدِّيَةِ ؟ يَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ . وَكَذَا أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرُهُمْ هُنَاكَ . وَأُطْلِقَهُمَا أَيْضًا فِي « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الرُّعَايَةِ » . وَدَخَلَ أَيْضًا فِي عُمُومِ كَلَامِهِ ، لَوْ كَانَ مَجْنُونًا غَنِيًّا ، فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ
الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ، بَلْ تَنْتَظَرُ إِفَاقَتَهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَطَعَ
بِهِ فِي « الشَّرْحِ » . وَذَكَرَ فِي « التَّلْخِصِ » وَجْهًا ، لِلْإِمَامِ ذَلِكَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْفُصُولِ » ، وَ « الْمَعْنَى » ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » .

تنبيه : حَيْثُ قُلْنَا : يُنْتَظَرُ الْبُلُوغُ أَوْ الْعَقْلُ . فَإِنَّ الْجَانِيَّ يُخَبَسُ إِلَى أَوَانِ الْبُلُوغِ
وَالْإِفَاقَةِ ، وَحَيْثُ قُلْنَا بِالتَّعْجِيلِ وَأَخَذِ الْمَالِ ، لَوْ طَلَبَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ وَعَقْلِهِ
الْقِصَاصَ ، وَرَدَّ الْمَالِ ، لَمْ يَجِبْ . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الشُّفْعَةِ .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَوْ قَاذِفُهُ رِقَّةً ، فَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُ اللَّقِيطِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ »

الشرح الكبير

الْحَدُّ ؛ لِإِقْرَارِ الْمُسْتَحِقِّ بِسُقُوطِهِ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ فَصَدَّقَهُ ، وَجَبَ عَلَى الْقَاضِيِ التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُخَصَّنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ قَاضِيًا . وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي رِقَّةً وَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ وَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ ، أَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْقَاضِيِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ قَوْلِهِ ، بِأَنْ يَكُونَ ابْنُ أُمَةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ [٢٠٣/٥] لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ وَأُخِذَ بِدَلِيلِهِ ، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْقَذْفَ حَقٌّ لَادِمِيٍّ . فَهُوَ كَالْقِصَاصِ . وَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَاضِيًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مَنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَاضِيِهِ بِاحْتِمَالِ رِقَّةٍ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ لِهَذَا الْاِحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَاضِيُ رِقَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح الحارثي » ، الإنصاف و « الفائق » ، وغيرهم . ويحتمل أن القول قول القاضف . قاله المصنف . قال الحارثي : وذكر صاحب « المحرر » ، في قتل من لا يعرف إذا ادعى رقه ، وجها ،

(١) في : المعنى ٣٥٤/٨ .

المقنع وَإِنْ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يُعْتَبَرَ قَوْلُهَا فِي مِلْكِهِ .

الشرح الكبير

٢٥٤٢ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يُعْتَبَرَ قَوْلُهَا فِي مِلْكِهِ) وجملة ذلك ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى رِقَّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهَا مُمَكِّنَةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخَالِفَةً لظَاهِرِ الدَّارِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ . وَتُفَارِقُ دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، وَدَعْوَى الرِّقِّ تُخَالِفُهُ . الثَّانِي ، أَنَّ

الإنصاف

أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ . وَعَنِ الْقَاضِي ، فِي كِتَابِ « الْخِصَالِ » ، أَنَّهُ جَزَمَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ مُحْتَمِلٌ ، وَالْأَصْلُ الْبَرَاءَةُ . وَذَكَرَ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، فِي قَذْفٍ مَنْ لَا يُعْرِفُ إِذَا ادَّعَى رِقَّهُ ، رَوَايَةً بَقْبُولِ قَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ اخْتِمَالَ الرِّقِّ شُبْهَةٌ ، وَالْحَدِيثُ يُذَرُّ بِالشُّبْهَاتِ ، وَالْأَصْلُ الْبَرَاءَةُ .

فائدة : لو كَانَ اللَّقِيطُ مُمَيَّزًا ، يَطَأُ مِثْلَهُ ، وَجَبَ الْحَدُّ عَلَى قَاضِيهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَخُرُجَ وَجْهٍ بِانْتِفَاءِ الْوُجُوبِ ، وَقِيلَ : هُوَ رَوَايَةٌ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يُشْتَرَطُ لِإِقَامَتِهِ الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْمُطَالَبَةُ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ بَابِ الْقَذْفِ .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ بَيِّنَةٌ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقِّطُ أَوْ غَيْرَهُ ، فَإِنْ

دَعَوَى النَّسَبِ يُثَبِّتُ بِهَا حَقًّا لِلْقَيْطِ ، وَدَعَوَى الرِّقِّ يُثَبِّتُ بِهَا حَقًّا عَلَيْهِ ،
فَلَمْ يُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رِقًّا غَيْرَ الْقَيْطِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ،
سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَشَهِدَتْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ يُقْبَلْ
فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قَبِلَ
فِيهِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَامْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ . وَمتى
شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُلْتَقِطِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّا عَرَفْنَا
سَبَبَ يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ
فِي الْمِلْكِ . وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ ، فَقَالَتْ : نَشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ - أَوْ -
مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ؛ وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمِلْكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِ
دَارٍ أَوْ ثَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ
أُمَّتَهُ لَا تَلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا مِلْكَهُ . وَإِنْ تَشْهَدُ أَنَّهُ ابْنُ أُمِّتِهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ،
وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اِحْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْمِلْكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا : فِي مِلْكِهِ .
لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَنَمَاؤُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمَنِهَا . وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ ؛
لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَلِدَهُ قَبْلَ مِلْكِهِ إِيَّاهَا ، فَلَا يَكُونُ لَهُ [٢٠٣/٥ ط] وَهُوَ ابْنُ أُمِّتِهِ .

كَانَ الْمُلتَقِطُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ أَيْضًا . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ
الْمُلْتَقِطِ ، صُدِّقَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ ؛ لِذِلَالَةِ الْيَدِ عَلَى
الْمِلْكِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي « الْمُبْعَى » ، وَ « الْكَافِي » ،
وُجُوبُ يَمِينِهِ . وَهُوَ الصَّنَاقُ ؛ لِإِمْتِنَانِ عَدَمِ الْمِلْكِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ يَمِينِ تَرْكِ أَمْرٍ
ذَلِكَ ، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ ، وَ قَالَ : أَنَا حُرٌّ . لَمْ يُقْبَلْ . وَإِنْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا
أَنْ تَشْهَدَ يَدُهُ ، أَوْ بِمِلْكِهِ ، أَوْ بِسَبَبِ مِلْكِهِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ يَدُهُ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى بَعْدَ بُلُوغِ اللَّقِيطِ ، كُلِّفَ إِجَابَتَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعَى ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بِيْنَعٍ أَوْ شِرَاءٍ ، نَقِصَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ «بَانَ أَنَّهُ» بِغَيْرِ إِذْنٍ مَالِكِهِ .

الْمُلْتَقِطِ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمِلْكِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي أَيْضًا ؛ لِذِلَالَةِ الْيَدِ عَلَى الْمِلْكِ ، زَادَ الْقَاضِي ، وَأَنَّهُ ضَلَّ عَنْهُ ، أَوْ ذَهَبَ ، أَوْ غُصِبَ . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، فَعِنْدَ الْأَصْحَابِ ، هُوَ لَهُ . وَإِنْ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : [٢٣٦/٢] فِي مِلْكِهِ . فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ ، أَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَصَحَّحَهُ النَّاطِظُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «مُنْتَخَبِ الْأَدْمِيِّ» . وَقَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي أَثْنَاءِ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ قَوْلُ الْبَيِّنَةِ : فِي مِلْكِهِ . بَلْ يَكْفِي الشَّهَادَةُ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«شَرْحِ الْحَارِثِيِّ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ مِلْكُهُ ، أَوْ مَمْلُوكُهُ ، أَوْ عَبْدُهُ ، أَوْ رَقِيقُهُ ، ثَبِتَ مِلْكُهُ بِذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الْكَافِي» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ «الْمُحَرَّرِ» ، وَغَيْرُهُمْ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ السَّبَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَأَبَى الْخَطَّابُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَصَاحِبُ «الْمَذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَغَيْرُهُمْ ؛

(١-١) فِي م : «كَانَ» .

وَأِنْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَعَنْهُ ، يُقْبَلُ . وَقَالَ الْقَاضِي : ^{المقنع} يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ [١٥٢] وَهَلْ يُقْبَلُ فِي غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٢٥٤٣ - مسألة : (وإن أَقَرَّ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وعنه ، يُقْبَلُ . وقال القاضي : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَهَلْ يُقْبَلُ فِي غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِذَا ادَّعَى إِنْسَانٌ رِقَّ اللَّقِيطِ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَصَدَّقَهُ ، وَكَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ لِنَفْسِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ؛ لِأَنَّهُ

لَا حِثْمَالِ التَّغْوِيلِ عَلَى ظَاهِرِ الْيَدِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، بِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تُسْمَعُ مِنَ الْمُتَقِطِ ، وَتُسْمَعُ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ تَغْوِيلِهَا عَلَى يَدِ الْمُتَقِطِ ، وَيَدُهُ لَا تُقْبَلُ الْمِلْكُ . اخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » .

فائدة : قال في « الْمُعْنَى » ^(١) : إِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْمِلْكِ ، أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا رَجُلَانِ ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ^(٢) ، قَبْلَ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ، أَوْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ فِيهِ شَاهِدَانِ ، وَشَاهِدٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهِ النِّسَاءُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ .

قوله : وَإِنْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . إِذَا أَقَرَّ اللَّقِيطُ بِالرَّقِّ بَعْدَ الْبُلُوغِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَتَقَدَّمَ تَصَرُّفٌ ، أَوْ إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِقْرَارُهُ تَصَرُّفٌ وَلَا إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ ، بَلْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ ؛ جَوَابًا أَوْ ابْتِدَاءً ، وَصَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَالْصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ وَالْحَالَةَ هَذِهِ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ

(١) الْمُعْنَى ٣٨٤/٨ .

(٢) فِي النِّسَخِ : « بِالْوَلَاءِ » وَالتَّحْتِ مِنَ الْمُعْنَى .

اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَهِيَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي إِبْطَالِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولُ الْحَالِ ، أَقَرَّ بِالرِّقِّ ، فَقُبِلَ ، كَمَا لَوْ قَدِمَ رَجُلَانِ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ بِالرِّقِّ ، وَكَأَقْرَارِهِ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ فِي نَفْسِهِ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ وَإِنْ تَضَمَّنَ قَوَاتِ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْطَلُ بِهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْحُرِّيَّةِ الْمَحْكُومِ بِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَلَأَنَّ الطِّفْلَ الْمَنْبُودَ لَا يَعْلَمُ رِقَّ نَفْسِهِ وَلَا حُرِّيَّتَهَا ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ حَالٌ يَعْرِفُ بِهِ رِقَّ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ مِمَّنْ لَا يَعْقِلُ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ رِقٌّ بَعْدَ التَّقَاطِ ، فَكَانَ إِقْرَارُهُ بَاطِلًا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَلِلشَّافِعِيِّ

فِي « الْمُغْنَى » ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي وَجْهًا . وَقَطَعَ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » بِأَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وَاخْتَارَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَمَالَ إِلَيْهِ الْحَارِثِيُّ ، وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » . وَإِنْ تَقَدَّمَ إِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ تَصَرُّفٌ بَيْعٍ ، أَوْ شِرَاءٍ ، أَوْ نِكَاحٍ ، أَوْ إِضْدَاقٍ وَنَحْوِهِ ، فَهَذَا لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنهُ ، يُقْبَلُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ فِي « كِتَابِهِ » ، وَالسَّامَرِيُّ عَنِ الْقَاضِي ، اخْتِصَاصَ الرِّوَايَتَيْنِ بِمَا تَضَمَّنَ حَقَّالَهُ ، أَمَّا مَا تَضَمَّنَ حَقًّا

(١) فِي : الْمُغْنَى ٨ / ٣٨٥ .

وَجَهَانٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . صَارَتْ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْعَبِيدِ فِيمَا عَلَيْهِ خَاصَّةً . وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ الْقَاضِي . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمُزْنِيُّ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِمَا يُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ وَحَقًّا لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَا لَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ ، وَلِيَّ عِنْدَهُ رَهْنٌ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْجَمِيعِ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَا عَلَيْهِ ، فَيَثْبُتُ مَا لَهُ ، كَالْبَيِّنَةِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ تَبَعَ لِلرَّقِّ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ بِقَوْلِهِ ، ثَبَتَ التَّبَعُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ ، ثَبَتَتْ ، وَثَبَتَ النَّسَبُ تَبَعًا لَهَا .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ ابْتِدَاءً لِإِنْسَانٍ ، فَصَدَّقَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِهِ جَوَابًا ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ . فَإِنْ أَقَرَّ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، جَازَ . [٢٠٤/٥] وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يُسْمَعَ إِقْرَارُهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ يَتَضَمَّنُ الاعْتِرَافَ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ سِوَى الْمُقَرَّرِ لَهُ ، فَإِذَا بَطَلَ إِقْرَارُهُ بَرَدَ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، بَقِيَ الاعْتِرَافُ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ

عَلَيْهِ ، فَيُقْبَلُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . قَالَ : وَحَكَاهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا مُطْلَقًا عَنْهُ . وَإِنْ تَقَدَّمَ إِقْرَارُهُ بِالْحُرِّيَّةِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرَّقِّ ، لَمْ يُقْبَلْ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَلَوْ أَقَرَّ بِالرَّقِّ لَزَيْدٍ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ ، ثُمَّ إِنْ أَقَرَّ لَعَمْرُو ، وَقُلْنَا بِقَبُولِ الْإِقْرَارِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، فَفِي قَبُولِهِ لَهُ ^(١) وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ ، وَ « الْفُرُوع » ، وَذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَغَيْرُهُ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ .

(١) سقط من : الأصل .

بما نَفَاهُ ، كما لو أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ ثم أَقَرَّ بعد ذلك بالِرِّقِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لم يَقْبَلْهُ الْمُقَرُّ لَهُ ، فلم يَمْنَعْ إِقْرَارَهُ ثَانِيًا ، كما لو أَقَرَّ لَهُ بِثُوبٍ ثم أَقَرَّ بِهِ لآخرَ بعد رَدِّ الأوَّلِ ، وفَارَقَ الإِقْرَارَ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَإِنَّ الإِقْرَارَ بِهَا لم يَنْطُلْ ولم يُرَدِّ .

فصل : فإذا قَبِلْنَا إِقْرَارَهُ بِالِرِّقِّ بعد نِكَاحِهِ ، وهو ذَكَرٌ ، وكان قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَسَدَ النِّكَاحُ فِي حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلِيهِ ، ولَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فلم يَسْقُطْ بِقَوْلِهِ . وَإِنْ كَانَ بعدَ الدُّخُولِ ، فَسَدَ نِكَاحُهُ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ كُلُّهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، لِأَنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أَقَرَّ بِهِ قَبْلَ ، وولَدَهُ حُرٌّ تَابِعٌ لَأُمِّهِ . وَإِنْ كَانَ مُتَزَوِّجًا بِأُمَةٍ فَوَلَدَهُ لِسَيِّدِهَا وَيَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَاتِهِ ، يَقْدِرُ بِهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ كَسْبٌ ، اسْتَوْفَى الْمَهْرَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لم يَثْبُتْ إِقْرَارُهُ بِهِ لِسَيِّدِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى امْرَأَتِهِ ، وَلَا يَنْقَطِعُ حَقُّهَا مِنْهُ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ . فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ؛ لَكَوْنِهِ تَزَوُّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ إِنْ لم يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى ، خُمْسَاهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ أَثْنَى ، وَقُلْنَا : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ خَاصَّةً . فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ فِي حَقِّهِ . فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِإِقْرَارِهَا بِفَسَادِ نِكَاحِهَا ، وَأَنَّهَا أُمَةٌ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ فِيهِ إِلَّا بِالدُّخُولِ . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، لم يَسْقُطْ مَهْرُهَا ، وَلِسَيِّدِهَا

الأقل ؛ من المسمى أو مهر المثل ؛ لأن المسمى إن كان أقل ، فالزوج يُنكر وجوب الزيادة عليه ، وقولها غير مقبول في حقه . وإن كان الأقل مهر المثل ، فهي وسيدها يُقرآن بفساد النكاح ، وأن الواجب مهر المثل ، فلا يجب أكثر منه ، إلا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد ، فيجب [٢٠٤/٥ ظ] ههنا قل أو أكثر ؛ لإقرار الزوج بوجوبه . وأما الأولاد ، فأحرار ، لا تجب قيمتهم ؛ لأنها لو وجبت لوجب بقولها ، ولا يجب بقولها حق على غيرها ، ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها . فأما بقاء النكاح ، فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها . وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن ؛ لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه ، لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها ؛ لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر في استدامة العقد ، إنما تعتبر في ابتدائه . فإن قيل : فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل ، وفيه ضرر على الزوج . قلنا : لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه ، فأما الحكم في المستقبل ، فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها ، بأن يطلقها ، فلا يلزمه ما لم يدخل عليه ، أو يقيم على نكاحها ، فلا يسقط حق سيدها . فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ؛ لأن عدة الطلاق حق للزوج ، بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول ، وسببها النكاح السابق ، فلا يقبل قولها في تنقيصها ، وإن مات ، اعتدت عدة الأمة ؛ لأن المقلب فيها حق الله تعالى ،

بدليل وجوبها قبل الدخول ، فقبل قولها فيها . وإن قلنا بقبول قولها في جميع الأحكام ، فهي أمة تزوجت بغير إذن سيدها ، فيكاحها فاسدٌ ، ويُفَرَّقُ بينهما ، ولا مهر لها إن كان قبل الدخول . وإن كان دخل بها ، وجب لها مهر أمة تزوجت بغير إذن سيدها ، على ما ذكر في موضعه . وهل يجب مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان . وتعتد حيصتين ؛ لأنه وطء في نكاح فاسدٍ . وأولاده أحرار ؛ لا اعتقاده حرّيتها ، فهو مغرورٌ ، وعليه قيمتهم يوم الوضع . وإن مات فليس عليها عدة الوفاة .

فصل : فإن كان قد تصرف ببيع أو شراء ، فتصرفه صحيحٌ ، وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدّى ممّا في يده ، وما بقى ففى ذمته ؛ لأنّ معاملته لا يقرُّ برقه . وإن قلنا بقبول إقراره في جميع الأحكام ، فسدت عقودُه كلّها ، ووجب ردُّ الأعيان إلى أربابها إن كانت باقيةً ، وإن كانت تالفةً وجبت قيمتها في رقبته أو في ذمته ، على ما ذكرنا [٢٠٥/٥ و] في استدانة العبد ؛ لأنه ثبت برضا صاحبه .

فصل : فإن كان قد جنى جنايةً موجبةً للقصاص ، فعليه القود ، حرّاً كان المجنى عليه أو عبداً ؛ لأنّ إقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه ، فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حرّاً ، فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجناية خطأً ، تعلّق أَرشُها برقبته ؛ لأنّ ذلك مضرب به ، فإن كان أَرشُها أكثر من قيمته ، وكان في يده مالٌ ، استوفى منه . وإن كان ممّا تحمّله العاقلة ، لم يُقبل قوله في إسقاط الزيادة ؛ لأنّ ذلك يضرب بالمجنى عليه ، فلا يُقبل

وَأَنَّ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ .
وَقِيلَ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ .

الشرح الكبير

قَوْلُهُ فِيهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ الزِّيَادَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ وَاجِبًا لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوْدِ ، وَكَانَ الْجَانِي حُرًّا ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُ بِالْعَبْدِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ بِمَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ تَقِلُّ بِالرَّقِّ ، وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ كَانَ مُسَاوِيًّا لِلْوَاجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجَبَ ، وَيُدْفَعُ الْوَاجِبُ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ يَكْثُرُ ؛ لَكَوْنِ قِيمَتِهِ عَبْدًا أَكْثَرَ مِنْ دِينَتِهِ حُرًّا ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ . وَجَبَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ إِذَا كَانَ حُرًّا ، سَقَطَ عَنْ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالرَّقِّ يَتَضَمَّنُ إِقْرَارَهُ بِالسُّقُوطِ مِنَ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وَقِيلَ : لَا يَتَحَوَّلُ مِنَ الْعَاقِلَةِ . وَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . يُوجِبُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِي . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٥٤٤ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . وَقِيلَ : يُقْبَلُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ ، إِنَّمَا ذَلِكَ

قوله : وَإِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . إِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ سِنًا يَصِحُّ مِنْهُ الْإِسْلَامُ وَالرَّدُّ فِيهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِ الرَّدِّ ، فَتُنْقَلِقُ بِالْإِسْلَامِ ،

ظَاهِرًا لَا يَقِينَا ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ وَلَدَ كَافِرَيْنِ ، وَلِهَذَا لَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، حَكَمْنَا لَهُ بِهِ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ . وَمَتَى بَلَغَ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرِدَّتْهُ فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ ، فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ حُكْمِ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفْرِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالْكُفْرِ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْكَارٌ بَعْدَ إِقْرَارِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ ، [٢٠٥/٥ ظ] كَغَيْرِهِ . وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ وَهُوَ مِنْ حُكْمِ بِإِسْلَامِهِ بِالذَّارِ ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الدَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجِدَ عَرِيًّا عَنِ الْمُعَارِضِ ، فَتَبَّتْ حُكْمُهُ وَاسْتَقَرَّ ، فَلَا يَجُوزُ

فَهُوَ مُسْلِمٌ ، ثُمَّ إِنْ قَالَ : إِنِّي كَافِرٌ . فَهُوَ مُرْتَدٌّ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلدَّارِ ، وَبَلَغَ ، وَقَالَ : إِنِّي كَافِرٌ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُقَرُّ ، عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، قَالَ : إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ وَجْهٌ بَعِيدٌ . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَغَيْرُهُمَا : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا يُقَرُّ عَلَيْهِ بِالْجُزْئِيَّةِ ، عُقِدَتْ لَهُ الذِّمَّةُ ، وَأُقِرَّ فِي الدَّارِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْذُلْهَا ، أَوْ كَانَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ ، أُلْحِقَ بِمَا مِنْهُ . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) : وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا .

(١) المغنى ٣٥٢/٨ .

فَصْلٌ : وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ اللَّقِيطُ أَوْ مَيِّتًا .

إزالة حُكْمِهِ ، كما لو كان ابنُ مُسْلِمٍ . ولأنَّ قَوْلَهُ لا دَلَالَةَ فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ . فعلى هذا ، إِذَا بَلَغَ اسْتِثْبَابَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا يُقَرُّ عَلَيْهِ بِالْجُزْئَةِ ، عُقِدَتْ لَهُ الذِّمَّةُ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، وَوَصَفَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، الْحَقُّ بِمَا مَنِيهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيطَ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ ابْنُ حَرْبِيٍّ ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ عَهْدٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِدِهِ ، وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِيهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذِمِّيٍّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمِّيٌّ ، فَلَا يُقَرُّ عَلَى الْإِنْتِقَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ مُسْلِمَيْنِ ، فَيَكُونُ مُسْلِمًا . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي أَمَةِ نَضْرَانِيَّةٍ وَلَدَتْ مِنْ فُجُورٍ : وَلَدُهَا مُسْلِمٌ ؛ لِأَنَّ أَبَوَيْهِ يَهُودَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا أُمُّهُ . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْوَلَدِ حَالٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقَرَّ فِيهَا عَلَى دِينٍ لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، فَكَيْفَ يُرَدُّ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ !

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ اللَّقِيطُ أَوْ مَيِّتًا) وَجُمْلَةُ

قَوْلُهُ : وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، الْحَقُّ بِهِ ؛ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ؛ رَجُلًا كَانَ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٨/ ٣٥٢ .

ذلك ، أنه إذا ادَّعى مُدَّعٍ نَسَبِ اللَّقِيطِ ، لم يَخُلْ مِنْ قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يدَّعيه واحدٌ ينفردُ بدَّعْوَتِهِ ، فإن كان المُدَّعي حُرًّا مُسْلِمًا ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ إذا أمكنَ أن يكونَ منه ، بغيرِ خلافٍ بينَ أهلِ العِلْمِ ؛ لأنَّ الإقرارَ مُحضٌ نفعٌ للطفلِ لاتِّصالِ نَسَبِهِ ، ولا ضَرَرَ على غيره فيه ، فقبِلَ ، كما لو أقرَّ له بمالٍ . فإن كان المُقرُّ به مُلتَقِطَهُ أُقرَّ في يَدِهِ . وإن كان غيره ، فله أن يَنْتَزِعَهُ مِنَ الْمُلتَقِطِ ؛ لأنه قد ثَبَتَ أنه أبوه ، فيكونُ أحقَّ به ، كما لو قامتْ به بَيِّنَةٌ .

فصل : فإن كان المُدَّعي عَبْدًا ، الْحَقَّ به ؛ لأنَّ لِمَائِهِ حُرْمَةً ، فَلِحَقِّ به نَسَبُهُ ، كَالْحُرِّ . وهذا قولُ الشافعيّ ، [٢٠٦/٥] وغيره ، غيرَ أنه لا تَثْبُتُ له حَضَانَةٌ ؛ لأنه مشغولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، ولا تَجِبُ عليه نَفَقَتُهُ ؛ لأنه لا مالَ له ، ولا تَجِبُ على سَيِّدِهِ ؛ لأنَّ الطفلَ مُحْكومٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فعلى

أو امرأةٌ ؛ حَيًّا كان اللَّقِيطُ أو مَيِّتًا . إذا أقرَّ به حُرٌّ مُسْلِمٌ ، يُمكنُ كونه منه ، لِحَقِّ به ، بلا نزاعٍ . ونصُّ عليه في روايةِ جماعةٍ ، وإن أقرَّ به ذِمِّيٌّ ، الْحَقَّ به نَسَبًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وهو داخِلٌ في عُمومِ نصِّ أحمد .^(١) وقيل : لا يَلْحَقُ به أيضًا في النَّسَبِ . ذَكَرَهُ في « الرَّعَايَةِ »^(٢) . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فلا يَلْحَقُهُ في الدِّينِ ، بلا نزاعٍ ، على ما يَأْتِي في كلامِ المُصَنِّفِ ، ويَأْتِي حُكْمُ نَفَقَتِهِ في النَّفَقَاتِ . قال القاضي وغيره : وإذا بَلَغَ ، فوصفَ الإسلامَ ، حَكَمْنَا بآئِهِ لم يَزَلْ مُسْلِمًا ، وإن وصفَ الكُفْرَ ، فهل يُقرُّ ؟ فيه [٢٣٦/٢] الظُّهُنُ المَذْكورانِ في المسألةِ التي قبلها .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَلَا يَتَّبِعُ الْكَافِرَ فِي دِينِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيْنَهُ أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ . وَعَنْهُ ،
لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ ذَاتِ زَوْجٍ ، وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ
مَعْرُوفٌ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهَا وَإِلَّا لَحِقَ .

الشرح الكبير

هذا ، تكون نفقته في بيت المال .

فصل : فإن كان المدعى ذمياً ، لحق به ؛ لأنه أقوى من العبد في ثبوت
الفراش ، فإنه يثبت له النكاح والوطء في الملك . وقال أبو ثور : لا يلحق
به ؛ لأنه محكوم بإسلامه . ولنا ، أنه أقر بنسب مجهول النسب ، يمكن
أن يكون منه ، وليس في إقراره إضرار لغيره ، فيثبت إقراره ، كالمسلم .
٢٥٤٥ - مسألة : (ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد
على فراشه) وجملته ذلك ، أنه يتبع الكافر في النسب لا في الدين ، ولا
حق له في حضائنه ، ولا يسلم إليه ؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم .

قوله : ولا يتبع الكافر في دينه ، إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه . هذا المذهب .
الإنصاف . وجزم به في « الوجيز » وغيره . قال الشارح : هذا قول بعض أصحابنا ، وقياس
المذهب ، لا يلحقه في الدين ، إلا أن تشهد البينة أنه ولد بين كافرين حيين ؛ لأن
الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه ، أو موته . انتهى . قال الحارثي : قال
الأصحاب : إن أقام الذمي بينة بولادته على فراشه ، لحقه في الدين أيضاً ؛ لثبوت
أنه ولد بين^(١) ذميين ، فكما لو لم يكن لقيطاً . وهذا مقيّد باستمرار أبويه على الحياة
والكفر ، وقد أشار إليه في « الكافي » ؛ لأن أحدهما لو مات ، أو أسلم ، لحكم

(١) سقط من : ط ، ا .

وقال الشافعي ، في أحد قوليه : يَتَّبَعُهُ فِي دِينِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَا لَحِقَ بِهِ بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ بِهِ فِي دِينِهِ ؛ كَالْبَيِّنَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الذَّمِّيِّ فِي كُفْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، وَلَئِنَّمَا دَعَا تَخَالَفُ الظَّاهِرَ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَدَعَا رِقِّهِ ، وَلَئِنَّهُ لَو تَبَعَهُ فِي دِينِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِنَسَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِضْرَارًا بِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ ، كَدَعَا الرِّقِّ . أَمَّا مُجَرَّدُ النَّسَبِ بِدُونِ اتِّبَاعِهِ فِي الدِّينِ ، فَمَصْلَحَةٌ عَارِيَّةٌ عَنِ الضَّرَرِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَلَا يَجُوزُ قَبُولُهُ فِيْمَا هُوَ أَعْظَمُ الضَّرَرِ وَالْخِزْيِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ . فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ لَحِقَ بِهِ نَسَبًا وَدِينًا . كَذَلِكَ ذَكَرَهُ هَهُنَا . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ ابْنُهُ بَيِّنَةٌ . وَقياسُ المَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ فِي الدِّينِ ، إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ وَلَدٌ كَافِرَيْنِ حَيَّيْنِ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِإِسْلَامِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ أَوْ مَوْتِهِ .

بِإِسْلَامِ الطِّفْلِ ، فَلَا بُدَّ فِيْمَا قَالُوا مِنْ ذَلِكَ . انْتَهَى . وَإِنْ أَقَرَّتْ بِهِ امْرَأَةٌ ، أُلْحِقَ بِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . فَعَلَى هَذَا ، قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا يَسْرِي اللَّحَاقُ إِلَى الزَّوْجِ بِدُونِ تَصَدِيقِهِ ، أَوْ قِيَامِ بَيِّنَةٍ بِوِلَادَتِهِ عَلَى فِرَاشِهِ . وَعَنهُ ، لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ مُزَوَّجَةٍ ^(١) . وَعَنهُ ، لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ لَهَا نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَوْ إِخْوَةٌ . وَقِيلَ : لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ بِحَالٍ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ ، وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إجمالًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ وَجْهِ » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المدعى امرأة ، فرؤى عن أحمد ، أن دعوتها تقبل ، ويلحقها نسبه ؛ لأنها أحد الأبوين ، أشبهت الأب ، ولأنه يمكن كونه منها ، كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ووطء شبهة ، ويلحقها ولدها من الزنى دون الرجل . وقد روى في قصة داود وسليمان ، عليهما السلام ، حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادعت كل واحدة منهما أن الباقي [٢٠٦/٥ ظ] ابنها ، فحكم به داود للكبرى ، وحكم به سليمان للصغرى بمجرّد

تنبيه : شمل كلام المصنّف ، لو أقرّ به عبّد ، أنه يلحق به . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : استلحاق العبد كاستلحاق الحرّ في لحاق النسب ، قاله الأصحاب . انتهى . ولا تجب نفقته عليه ، ولا على سيده ؛ لأنه محكوم بحرّيته ، وتكون نفقته من بيت المال .

تنبيه آخر : شمل قوله : أو امرأة . لو أقرّت أمة به . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : والأمة كالحرّة في دعوى النسب ، على ما ذكرنا . قاله الأصحاب ، إلا أن الولد لا يحكم برقه بدون بيّنة . حكاها المصنّف ، ونصّ عليه من رواية ابن ميثم .

فوائده ؛ إحداهما ، المجنون كالطفل ، إذا أمكن أن يكون منه ، وكان مجهول النسب . الثانية ، كل من ثبت لحاقه بالاستلحاق ، لو بلغ وأنكر ، لم يلتفت إليه . قاله الأصحاب . نقله الحارثي . ويأتي حكم الإرث ، في باب الإقرار بمشارك في الميراث ، وكتاب الإقرار . الثالثة ، لو ادّعى أجنبيّ نسبه ، ثبت ، مع بقاء ملك سيده ، ولو مع بيّنة بنسبه . قال في « الترغيب » وغيره : إلا أن يكون مدّعيه امرأة ،

الدَّعْوَى مِنْهُمَا^(١) . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فعلى هذه الرواية ، يُلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُلْحَقَهُ نَسَبٌ وَلَدٌ لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ . ولذلك إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يُلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ . فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، وَمِنْ أُمِّهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ لَهَا نِكَاحٌ غَيْرَ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ لغيره وَطُؤُهَا . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ تَزَوُّجِهَا بِهَذَا الزَّوْجِ ، أُمَكَّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قَبْلَ الْإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَانَتِهِ عَنِ النَّسَبَةِ إِلَى كَوْنِهِ وَلَدَ زَنَى ، وَلَا يَحْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبِهِ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي الْإِحَاقِ نَسَبِهِ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَرُّقُ الْعَارِ إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قَبْلُنَا دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي حَقًّا لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا مَضَرَّةَ فِيهِ عَلَى أَحَدٍ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْإِحَاقِ النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاهُ ، أَوْ إِلَى أَنَّ امْرَأَتَهُ وَطِئَتْ

الشرح الكبير

فَثَبَّتْ حُرِّيَّتَهُ ، وَإِنْ كَانَ رَجُلًا عَرَبِيًّا ، فَرَوَاتَانِ ، وَفِي مُعَيِّزِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صِحَّةُ إِسْلَامِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَى ذَلِكَ فِي « الْفُرُوعِ » .

الإنصاف

(١) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لِداوُدَ سُلَيْمَانَ نَعَمَ الْعَبْدَ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٩٨/٤ ، ١٩٤/٨ ، ١٩٥ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٦/٨ ، ٢٠٧ .

بزني أو شبهة ، وفي ذلك ضرر عليه ، فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به . وإن لم يكن لها زوج ، قبلت دعواها ؛ لعدم الضرر . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضا . وروى عن أحمد رواية ثالثة ، نقلها الكوسج عن أحمد ، في امرأة ادعت ولدا : إن كان لها إخوة أو نسب معروف فلا تصدق إلا ببينة ، وإن لم يكن لها دافع ، لم يحل بينها وبينه ؛ لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف ، لم تخف ولادتها عليهم ، ويتضررون بإلحاق النسب بها ؛ لما فيه من تغييرهم بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل . قال شيخنا ^(١) : ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال . وهذا قول الثوري ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ؛ لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرده ، كما لو علق زوجها [٢٠٧/٥] طلاقها بولادتها . ولنا ، أنها أحد الوالدين ، أشبهت الأب ، وإمكان البينة لا يمنع قبول القول ، كالرجل ، فإنه يمكنه إقامة البينة أن هذا ولد على فراشه . وإن كان المدعى أمة فهي كالحرة ، إلا أننا إذا قبلنا دعواها في نسبه ، لم نقبل قولها في رقه ؛ لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره ، كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر .

المقنع وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا . وَإِنْ تَسَاوَوْا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ مَاتَا .

الشرح الكبير ٢٥٤٦ - مسألة : (فَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا . فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ مَاتَا) الكلام في ذلك في فُصُولٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهَمَا سَوَاءٌ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيطِ ضَرَرًا فِي إِلْحَاقِهِ بِالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ ، فَيَكُونُ إِلْحَاقُهُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ لَوْ أَنْفَرَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى ، كَالْأَخْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرَرِ لَا يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرَّقِهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبُ الْحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أَنَّ نَقْدَهُمُ فِي الْحَضَانَةِ الْمُوسِرَ وَالْحَضْرِيَّ ، وَلَا نَقْدَهُمَا فِي دَعْوَى

الإِنصاف تنبيه : ظاهرُ قولِهِ : وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا ، فَإِنْ تَسَاوَوْا فِي الْبَيِّنَةِ ، أَوْ عَدَمِهَا ، عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ مَاتَا . سَمَاعُ دَعْوَى الْكَافِرِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْإِرْشَادِ » وَجْهٌ ، لَا تُسْمَعُ دَعْوَى الْكَافِرِ بِلَا بَيِّنَةٍ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا يَدٌ غَيْرُ يَدِ الْإِلْتِقَاطِ ، وَكَانَ قَدْ سَبَقَ اسْتِلْحَاقُهُ ، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَى مُسْتَلْحِقِهِ مِنْ بَعْدُ ، وَإِنْ لَمْ يُسْمَعْ اسْتِلْحَاقُهُ إِلَّا عِنْدَ دَعْوَى الثَّانِي ، فَفِي تَقْدِيمِهِ بِمُجَرَّدِ الْيَدِ احْتِمَالَانِ . انتهى .

الشرح الكبير

النَّسَبِ . وَلأنَّ الحَضَانَةَ إِنَّمَا يُرَاعَى فِيهَا حَقُّ الطِّفْلِ حَسَبُ ، وَهَهُنَا يَنْبَغِي أَنْ يُرَاعَى حَقُّ الْمُدَّعَى أَيْضًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا كَانَ عَبْدٌ ^(١) ، أَمْرَأَتُهُ أُمَةٌ ، فِي أَيَّدِيهِمَا صَبِيٌّ ، فَادَّعَى رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ أَمْرَأَتَهُ عَرَبِيَّةً أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ أَمْرَأَتِهِ ، وَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِ أَبِي ثَوْرٍ وَغَيْرِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُقْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعِتْقِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى مِنَ الْمَوَالِي عِنْدَهُمْ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) : وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَغَيْرَهُمْ فِي أَحْكَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَلِحُوقِ النَّسَبِ بِهِمْ سَوَاءٌ .

الفصلُ الثاني ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، وَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ ، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، تَعَارَضَتْ وَسَقَطَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِعْمَالُهَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهَا فِي الْمَالِ إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ ، وَلَا يُمْكِنُ هَهُنَا ، أَوْ بِالْقُرْعَةِ ، وَالْقُرْعَةُ لَا يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا يَثْبُتُ هَهُنَا بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ أَمْرَأَةٍ ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، أَنْ يُقَرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونَ لِحُوقِهِ بِالْوِطْءِ لَا بِالْقُرْعَةِ .

فائدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ كَانَ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَالرَّوَابِيتَيْنِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ ، وَيَأْتِي فِي الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَ فِي يَدٍ أَمْرَأَةٌ ، قُدِّمَتْ عَلَى أَمْرَأَةٍ ادَّعَتْهُ بِبَيِّنَةٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى مَا هُوَ أَعْمُ مِنْ ذَلِكَ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : عِنْدَ .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٣٧١/٨ .

الفصل [٢٠٧/٥ ظ] الثالث ، أنه إذا لم تكن بينة ، أو تعارضت بينتان وسقطتا ، أرى القافة معهما ، أو مع عصيتهما عند فقدهما ، فتلحقه بمن ألحقته به منهما . هذا قول أنس ، وعطاء ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، « وأبي ثور » . وقال أصحاب الرأي : لا حكم للقافة ، ويلحق بالمُدَّعَيْن جميعاً ؛ لأنَّ الحكم بالقيافة مبنى على الشبه والظن والتخمين ، فإنَّ الشبه يوجد بين الأجانب ، وينتفى بين الأقارب ، ولهذا روى عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه ، فقال : يا رسول الله ، إن امرأتى ولدت غلاماً أسود . فقال : « هل لك من إبل ؟ » قال : نعم . قال : « فما ألوانها ؟ » قال : حمراء . قال : « هل فيها من أورك ؟ » قال : نعم . قال : « أنى أتاه ذلك ؟ » قال : لعل عرقاً نزع . قال : « وهذا لعل عرقاً نزع » . متفق عليه^(١) . قالوا : ولو كان الشبه كافياً لاكتفى به في ولد الملاءنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون . ولنا ، ما روى

تنبيه : قوله : عرض معهما على القافة ، أو مع أقاربهما إن ماتا . وذلك مثل ؛ الآخر ، والأخت ، والعمّة ، والخالة ، وأولادهم .

(١ - ١) في الأصل ، ر ٢ ، م : « وأنى » .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب من شبه أصلاً معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٢٥/٩ .

ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا شك في الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٥/١ . والنسائى ،

في : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ . والإمام أحمد ، في المسند

٢٣٩/٢ ، ٤٠٩ .

عن عائشة ، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا مَسْرُورًا تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ ، فَقَالَ : « أَلَمْ تَرَيَّ أَنَّ مُجَزَّرًا الْمُدْلِجِيَّ نَظَرَ آتِفًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . فَلَوْلَا جَوَازُ الْاعْتِمَادِ عَلَى الْقِيَافَةِ لَمَا سُرِّبَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ وَلَا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ : « انْظُرُوهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمَشُ السَّاقِينِ ^(٢) كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ ^(٣) ، فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ جَعْدًا ، جُمَالِيًّا ^(٤) ، سَابِغِ الْأَلْيَتَيْنِ ، خَدْلَجِ السَّاقِينِ ^(٥) ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيتَ بِهِ » .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٢٢٩/٤ ، ٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، فى : باب العمل بالحق القائف الولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٢ ، ١٠٨١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٦/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢) حمش الساقين : أى رقيقهما .

(٣) الوحرة : وزغة تكون فى الصحارى ، كسأم أبرص ، لا تنطأ شئنا من طعام أو شراب إلا سمته .

(٤) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمل .

(٥) خدلج الساقين : ممتلئهما .

فَأَتَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » ^(١) . فَحَكَّمَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ لِلَّذِي أَشْبَهَهُ مِنْهُمَا . وَقَوْلُهُ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَمْنَعَهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبَهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا انْتَفَى الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي ابْنِ أُمَةِ زَمْعَةَ ، حِينَ رَأَى بِهِ شَبَهًا بَيْنًا بَعْتَبَةَ [٢٠٨/٥ و] ابْنِ أَبِي وَقَاصٍ : « احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ » ^(٢) . فَعَمِلَ بِالشَّبَهِ فِي حَجَبِ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، وباب قول النبي ﷺ : لو كنت راجعاً بغير بينة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق ، صحيح البخاري ٢٣٣/٣ ، ١٢٦/٦ ، ٦٩/٧ ، ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٤/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٢٥١/١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٠/٦ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٢/٣ ، ٢٣٩ ، ٢٣٨/١ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحرى وهبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفي : باب دعوى الوصي للتميت ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الموصي تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفي : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب الولد للفراش ، وباب من ادعى أخاً أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفي : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ / ٤ ، ١٩٢ / ٨ ، ١٩١ ، ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩ / ٩٠ . ومسلم ، في : باب الولد للفراش وتوقى الشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، في : باب الولد للفراش ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الولد للفراش ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائي ، في : باب إلحاق الولد بالفراش ... ، وباب فراش الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٨ ، =

سَوْدَةَ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ؛ إِذْ لَمْ يَحْكَمْ النَّبِيُّ ﷺ بِالشَّبهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَلَدُ لِلزَّمْعَةِ ، وَقَالَ لَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . وَلَمْ يَعْمَلْ بِشَبهِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا لِشَبْهِهِ بِالْمَقْدُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ فِي ابْنِ أُمَةِ زَمْعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلَ بِالْبَيِّنَةِ لِمُعَارَضَةِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضَ عَنْهَا إِذَا خَلَّتْ عَنِ الْمُعَارِضِ . وَلِذَلِكَ تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ أَيْمَانِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « لَوْ لَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . عَلَى أَنَّ ضَعْفَ الشَّبهِ عَنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ عَنِ الْحَاقِ النَّسَبِ ، فَإِنَّ الْحَدَّ فِي الزَّنى لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَقْوَى الْبَيِّنَاتِ ، وَأَكْثَرِهَا عَدَدًا ، وَأَقْوَى الْإِقْرَارِ ، حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِ تَكَرُّرُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَيُذَرَّ بِالشُّبُهَاتِ . وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ عَلَى الْوِلَادَةِ ، وَيَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مَعَ ظُهُورِ انْتِفَائِهِ ، حَتَّى لو أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ بِوَلَدٍ وَزَوْجُهَا غَائِبٌ مِنْذَ عَشْرِينَ سَنَةً ، لَحِقَهُ وَلَدُهَا ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْحَدِّ ! لِأَنَّهُ حَكَمَ بِظَنٍّ غَالِبٍ وَرَأْيٍ رَاجِحٍ ، مِمَّنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْخِبَرَةِ ، فَجَازَ ، كَقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشَّبَهَ يَجُوزُ وَجُودُهُ

= ١٤٩ . وابن ماجه ، في : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمي ، في : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح . وفي : باب في ميراث ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، في : باب القضاء بالحق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

وَعَدَمُهُ . قُلْنَا : الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ، وَلِهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ :
أَوْ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةَ ؟ قَالَ : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبْهَةُ ؟ » ^(١) . وَالْحَدِيثُ
الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ حُجَّةً عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ إنْكَارَ الرَّجُلِ وَلَدَهُ لِمُخَالَفَةِ لَوْنِهِ لَوْنِهِ ،
وَعَزْمُهُ عَلَى نَفْيِهِ لذلِكَ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَأَنَّ فِي طِبَاعِ النَّاسِ
إِنْكَارَهُ ، فَإِنَّ ذلِكَ إِنَّمَا يُوجَدُ نَادِرًا ، وَإِنَّمَا الْحَقُّ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ لَوْجُودِ
الْفِرَاشِ ، وَتَجَوُّزُ مُخَالَفَةِ الظَّاهِرِ لِلدَّلِيلِ ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ لغيرِ دَلِيلٍ ،
وَلِأَنَّ ضَعْفَهُ عَنْ نَفْيِ النَّسَبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ ضَعْفُهُ عَنْ إِثْبَاتِهِ . فَإِنَّ النَّسَبَ
يُحْتَاطُ ^(٢) لِإِثْبَاتِهِ ، وَيُثْبِتُ بِأَدْنَى دَلِيلٍ ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذلِكَ التَّشْدِيدُ
[٢٠٨/٥ ظ] فِي نَفْيِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَنْتَفِي إِلَّا بِأَقْوَى الْأَدِلَّةِ ، كَمَا أَنَّ الْحَدَّ لَمَّا انْتَفَى
بِالشُّبْهَةِ ، لَمْ يَثْبِتْ إِلَّا بِأَقْوَى دَلِيلٍ ، فَلَا يَلْزَمُ حِينَئِذٍ مِنَ الْمَنْعِ مِنْ نَفْيِهِ
بِالشُّبْهِ فِي الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ أَنْ لَا يَثْبِتَ بِهِ النَّسَبُ فِي مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قِيلَ :
فَهُنَا إِذَا عَمِلْتُمْ بِالْقِيَاةِ فَقَدْ نَفَيْتُمُ النَّسَبَ عَمَّنْ لَمْ تُلْحِقْهُ الْقَافَةُ بِهِ . قُلْنَا :
إِنَّمَا انْتَسَبَ هُنَا لِعَدَمِ دَلِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى ، وَقَدْ
عَارَضَهَا مِثْلُهَا ، فَسَقَطَ حُكْمُهَا ، وَكَانَ الشُّبْهُ مُرْجَحًا لِأَحَدِهِمَا ، فَانْتَفَتْ
دَلَالَةُ الْأُخْرَى ، فَلَزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لانتِفَاءِ دَلِيلِهِ ، وَتَقْدِيرُ اللَّعَانِ عَلَيْهِ لَا
يَمْنَعُ الْعَمَلَ بِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، كَالْيَدِ تَقْدَمُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ ، وَيُعْمَلُ بِهَا عِنْدَ عَدَمِهَا .

(١) تقدم تخريجه في : ٨٠/٢ . ويضاف إليه . وأخرجه البخاري ، في : باب الحياة في العلم ، من كتاب العلم ،
وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح
البخاري ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .
(٢) بعده في م : « له » .

فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ ، وَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا لِحَقِّ بِهِمَا . المنع

الشرح الكبير

فصل : والقافة قومٌ يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلةٍ معينةٍ ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائفٌ . وقيل : أكثر ما يكون في بنى مُذَلِّجٍ رهطٌ مُجَزَّزٍ الذي رأى أسامةً وزيدًا قد غطيا رُءوسَهُما وبدت أقدامُهُما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضُها من بعضٍ . وكان إياسُ بنُ معاويةَ المُرَنيُّ قائفًا ، وكذلك قيل في شريحٍ .

٢٥٤٧ - مسألة : (فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ) لَتَرْجَحَ جَانِبَهُ (وَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا لِحَقِّ بِهِمَا) وكان ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا مِيرَاثُ ابْنٍ ، وَيَرِثَانِهِ جَمِيعًا مِيرَاثُ أَبٍ وَاحِدٍ . يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدٍ ، فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِهِمَا سَقَطَ قَوْلُهُمَا ، وَلَمْ يُحْكَمْ بِهِ . وَاحْتَجَّ بِرَوَايَةٍ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ الْقَافَةَ قَالَتْ : قَدْ^(١) اشْتَرَكَاهُ . فَقَالَ عُمَرُ : وَالِإِيَّاهُمَا شِئْتَ . وَلأنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَإِذَا أُلْحِقَتْهُ الْقَافَةُ بِهِمَا تَبَيَّنَا كَذِبُهُمَا ، فَسَقَطَ قَوْلُهُمَا ، كَمَا

تنبيه : ظاهرُ قولِهِ : فَإِنَّ الْحَقَّةَ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِ . أَنَّهَا لَوْ تَوَقَّفَتْ فِي إلْحَاقِهِ بِأَحَدِهِمَا ، وَنَفَتْهُ عَنِ الْآخَرِ ، أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِالَّذِي تَوَقَّفَتْ فِيهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : يُلْحَقُ بِهِ . وَتَبِعَهُ جَمَاعَةٌ .

(١) سقط من : م .

لو الْحَقَّتْهُ بِأَمِينٍ ، وَلَأَنَّ الْمُتَدَاعِيَيْنِ لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ
ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَقَامَ بَيِّنَةً ، سَقَطْنَا ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِهِمَا لَثَبَتْ
بِاتِّفَاقِهِمَا ، وَالْحَقُّ بِهِمَا عِنْدَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِمَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ فِي
« سُنَنِهِ » ، ثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ ،
عَنْ عُمَرَ [٢٠٩/٥ و] فِي امْرَأَةٍ وَطَّهَهَا رَجُلَانِ فِي طَهْرٍ ، فَقَالَ الْقَائِفُ : قَدْ
اشْتَرَكَا فِيهِ جَمِيعًا . فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ : وَعَلَى
يَقُولُ : هُوَ ابْنُهُمَا وَهِيَ أَبَوَاهُ ، يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ . وَرَوَاهُ الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ
بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ . وَقَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عُمَرَ
جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ قَابُوسٌ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَلِيٍّ ^(١) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا .
وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فِي
طَهْرِ امْرَأَةٍ ، فَحَمَلَتْ ، فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشَبِّهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ
الْخَطَّابِ ، فَدَعَى الْقَافَةَ فَظَرُّوا ، فَقَالُوا : نَرَاهُ يُشَبِّهُهُمَا . فَالْحَقَّهُ بِهِمَا
وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ ^(٢) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ
عَنْ عُمَرَ لَا نَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَهُمَا لِأَمْرِ آخَرَ ،
إِمَّا لِعَدَمِ ثِقَتِهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِهِمَا وَاخْتِلَافِهِ مَا يُوجِبُ تَرْكَهَ ،

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يفرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٤/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

الشرح الكبير

فَلَا يَنْحَصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلِهِمَا أَنَّهُمَا اشْتَرَكَ فِيهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أُلْحِقْتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا وَرَثَتُهُمَا وَوَرِثَاهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثُ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انفردت أخذت ما تأخذه الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةُ تَأْخُذُ وَحْدَهَا مَا يَأْخُذُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

٢٥٤٨ - مسألة : (وَلَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ أُمٍّ وَاحِدَةٍ) إِذَا ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ اللَّقِيطِ ، فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ دَعْوَتِهِمَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُقْبَلُ دَعْوَتُهَا دُونَ الْأُخْرَى فَهُوَ ابْنُهَا ، كَالْمُنْفَرِدَةِ ، وَإِنْ كَانَتَا مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَتُهُمَا فَوْجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَإِنْ كَانَتَا جَمِيعًا مِمَّنْ تُقْبَلُ دَعْوَتُهُمَا ، فَهَمَا فِي إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ وَكَوْنِهِ يُرَى الْقَافَةَ عِنْدَ عَدَمِهَا أَوْ تَعَارُضِهَا كَالرَّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتَا ، فَادَّعَتِ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يُرَى الْقَافَةُ . فَقَالَ : مَا أَحْسَنَهُ . وَلَأَنَّ الشَّيْبَةَ يُوجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنِهَا كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرُ ، لِاخْتِصَاصِهَا بِحَمْلِهِ وَتَغْذِيَّتِهِ ، وَالْكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ ، وَالْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةٌ ، كَقَوْلِنَا [٢٠٩/٥ ظ] فِي الرُّجَالِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ ^(١) بِقَبُولِ دَعْوَاهَا . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ أُمٍّ وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ أُلْحِقْتَهُ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

القافَةُ بِأَمِينٍ ، سَقَطَ قَوْلُهُمَا ؛ لِأَنَّا^(١) نَعْلَمُ خَطَأَهُ قَطْعًا . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ ، فَجَازَ أَنْ
يُلْحَقَ بِاثْنَتَيْنِ ، كَالْآبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحَالٌ يَقِينًا ، فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ،
كَأَنَّ لَوْ كَانَ أَكْبَرَ مِنْهُمَا أَوْ مِثْلَهُمَا ، بِخِلَافِ الرَّجُلَيْنِ ، فَإِنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا
مُمْكِنٌ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ اجْتِمَاعُ نُطْفَتَيِ الرَّجُلَيْنِ فِي رَحِمِ امْرَأَةٍ ، فَيُمْكِنُ أَنْ
يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَدٌ كَمَا يُخْلَقُ مِنْ نُطْفَةِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ^(٢) وَالْمَرْأَةِ ، وَلِذَلِكَ
قَالَ الْقَائِفُ لِعُمَرَ : قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ . وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْإِحَاقَةِ بَمَنْ يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ
مِنْهُ الْإِحَاقَةُ بَمَنْ يَسْتَحِيلُ ذَلِكَ مِنْهُ ، كَمَا لَا يَلْزَمُ مِنَ الْإِحَاقَةِ بَمَنْ يُوَلَدُ مِثْلُهُ
لِمِثْلِهِ الْإِحَاقَةُ بِأَصْغَرَ مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا ؛ لِإِمْكَانِ كَوْنِهِ
مِنْهُمَا بِنِكَاحٍ كَانَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ ، فَيُلْحَقُ بِهِمَا جَمِيعًا ، وَيَكُونُ
ابْنُهُمَا بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُمَا ، كَمَا لَوْ انفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْدَّعْوَى . وَإِنْ قَالَ
الرَّجُلُ : هَذَا ابْنِي مِنْ زَوْجَتِي . وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ ، وَادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ
أُخْرَى ، فَهُوَ ابْنُ الرَّجُلِ ، وَتُرْجِّحُ زَوْجَتُهُ عَلَى الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا
أَبُوهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا أُمُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ
انْفَرَدَتْ الْحَقَّ بِهَا ، فَإِذَا اجْتَمَعَتَا تَسَاوَتَا .

(١) بعده فم : « لا » .

(٢) سقط من : م .

فصل : ولو وَلَدَتْ امْرَأَتَانِ ابْنًا وَبِنْتًا ، فَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْابْنَ وَلَدُهَا ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَرَى الْمَرَأَتَيْنِ الْقَافَةَ مَعَ الْوَلَدَيْنِ ، فَيُلْحَقُ كُلُّ مِنْهُمَا بِمَنْ الْحَقُّقَةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا وَلَدٌ آخَرُ .
والثاني ، يُعْرَضُ لَبْنُهُمَا عَلَى أَهْلِ الطَّبِّ وَالْمَعْرِفَةِ ، فَإِنْ لَبِنَ الذَّكَرَ يُخَالِفُ لَبِنَ الْأُنْثَى فِي طَبْعِهِ وَزِينَتِهِ ، وَقَدْ قِيلَ : لَبِنُ الْابْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبِنُ الْبِنْتِ خَفِيفٌ . فَيُعْتَبَرَانِ بِطَبَاعِيهِمَا وَوَزْنِيهِمَا ؛ وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبِنَ الْابْنِ فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْأُخْرَى . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ اعْتَبِرَ بِاللَّبَنِ خَاصَّةً . فَأَمَّا إِنْ تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ ، وَهِيَ ذَكَرَانِ أَوْ ابْنَتَانِ ، عُرِضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هُوَ ابْنِي . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ ابْنَتِي . فَإِنْ [٢١٠/٥] كَانَ ابْنًا فَهُوَ لِمُدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَ بِنْتًا فَهِيَ لِمُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ . فَإِنْ كَانَ خُنْثَى مُشْكِلًا ، أُرِيَ الْقَافَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْكَاذِبِ مِنْهُمَا كَاذِبَةٌ فَوْجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَالْأُخْرَى صَادِقَةٌ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحُكْمُ بِهَا .

المفنع وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَالْحَقُّ بِهِمْ ، لِحَقِّ بِهِمْ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ
ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ .

٢٥٤٩ - مسألة : (فَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَالْحَقُّ بِهِمْ ، لِحَقِّ
وَإِنْ كَثُرُوا) وقد نصَّ أحمدُ في روايةٍ مُهَنَّأ ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى
هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقَهُ الْقَافَةُ ، وَإِنْ كَثُرُوا . (وقال ابنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ
بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ) وهو قولُ أَبِي يُوسُفَ ؛ لَأَنَّنَا صِرْنَا إِلَى ذَلِكَ لِلْأَثَرِ ، فَيُقْتَصَرُ
عَلَيْهِ . وقال القَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ . وهو قولُ مُحَمَّدِ بْنِ
الْحَسَنِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي لِأَجْلِهَا
أَلْحَقَ بِاثْنَيْنِ مَوْجُودٌ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ . وَإِذَا جَازَ أَنْ يُخْلَقَ مِنْ

الشرح الكبير

قوله : وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَالْحَقُّ بِهِمْ ، لِحَقِّ بِهِمْ ، وَإِنْ كَثُرُوا . هذا
المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصُّ عليه في روايةٍ جماعةٍ . قال في
« الفائق » : اختارَه القَاضِي . وجزمَ به في « الوجيز » ، و « نَظْمُ الْمُفْرَدَاتِ » .
وقدَّمه في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحُ الْحَارِثِيِّ » ، ونصَّروه ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ ، قَالَ نَازِظُهَا . وقال
الْحَارِثِيُّ : قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ : يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ . لَكِنْ عِنْدَهُ ، لَا يُلْحَقُ
بِأَكْثَرٍ مِنْ خَمْسَةٍ . وقال ابنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اثْنَيْنِ . وعنه ، يُلْحَقُ
بِثَلَاثَةٍ فَقَطْ . نصُّ عليه في روايةٍ مُهَنَّأ . واختارَه القَاضِي وَغَيْرُهُ . وَذَكَرَ فِي
« الْمُسْتَوْعِبِ » وَجْهًا ، أَنَّهُمْ ^(١) إِذَا أَلْحَقُوهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، لَا يُلْحَقُ بِوَاحِدٍ
مِنْهُمْ ؛ لِظُهُورِ خَطَأِهِمْ .

الإنصاف

(١) في ط : « أَنَّهُمَا » .

اثنَيْنِ ، جاز أن يُخلَقَ مِنْ أَكْثَرِ مِنْهُمَا . وقولُهم : إنَّ إلحاقَهُ باثْنَيْنِ على خلافِ الأَصْلِ . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْناهُ ، لَكِنَّهُ ثَبَتَ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ في غَيْرِهِ ، فَيَجِبُ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بِهِ ، كما أنَّ إباحَةَ أَكْلِ المَيْتَةِ عندَ المَخْمَصَةِ أُبِيحَ على خلافِ الأَصْلِ ، ولا يَمْنَعُ مِنْ أن يُقاسَ على ذلك مالُ الغَيْرِ ، والصَّيْدُ الحَرَمِيُّ ، وغيرُهُما مِنَ المُحَرَّمَاتِ ، لَوْجُودِ المَعْنَى ، وهو إبقاءُ النَّفْسِ وتَخْلِيصُها مِنَ الهَلَاكِ . وأما قولُ مَنْ قال : يجوزُ إلحاقُهُ بثَلَاثَةٍ ، ولا يُزَادُ عليه . فَتَحَكُّمٌ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْتَصِرْ على المَنْصُوصِ عليه ، ولا عَدَّى الحُكْمَ إلى ما في مَعْنَاهُ ، ولا نَعْلَمُ في الثَّلَاثَةِ مَعْنَى خاصًّا يَقْتَضِي إلحاقَ النَّسَبِ بِهِمْ دُونَ ما زادَ عليهم ، فلم يَجْزِ الاقْتِصارُ عليه بالتَّحَكُّمِ .

الإِنصافُ **فائدة :** [٢٣٧/٢] يَرِثُ مِنْ ^(١) كُلِّ مَنْ لَحِقَ بِهِ مِيراثٌ وَلَدٌ كَامِلٌ ، وَيَرِثُونَهُ مِيراثُ أبٍ واحِدٍ ، وَلِهَذَا لو أُوصِيَ لَهُ ، قَبِلُوا لَهُ جَمِيعًا ، لِيَحْصُلَ لَهُ . وَإِنْ مَاتَ وَخَلَفَ أَحَدُهُمْ ، فَلَهُ مِيراثُ أبٍ كَامِلٍ ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ كَامِلٌ مِنَ المَيْتِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَلِأُمِّي أَبَوَيْهِ اللَّذَيْنِ لَحِقَ بِهِمَا مَعَ أُمِّ أُمِّ ، نِصْفُ السُّدُسِ ، وَلِأُمِّ الأُمِّ نِصْفُهُ . قُلْتُ : فَيُعَايِي بِهَا .

فائدة : امْرَأَةٌ وَلَدَتْ ذَكَرًا ، وَأُخْرَى ائْتَى ، وَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ أَنَّ الذَّكَرَ وَلَدُهَا دُونَ الْأُتْنَى ، فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : يَخْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْعَرَضُ عَلَى القَافَةِ مَعَ الْوَلَدَيْنِ . قال الحارِثِيُّ : قُلْتُ : وَهَذَا المَذْهَبُ على ما مرَّ مِنْ نَصِّهِ ، مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، عَرَضُ لَيْبِهِمَا على أَهْلِ الطَّبِّ

(١) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ نَفَثَهُ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةً ، ضَاعَ نَسْبُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . [١٥٢ ط] وَفِي الْآخِرِ ، يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ .

الشرح الكبير ٢٥٥٠ - مسألة : (فَإِنْ نَفَثَهُ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةً ، ضَاعَ نَسْبُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ . أَوْ مَا إِلَيْهِ أَحْمَدُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ وَأَرَى الْقَافَةَ فَنَفَثَهُ عَنْهُمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةً ، أَوْ تَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يُوثَّقُ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يُرَجَّحْ أَحَدُهُمْ بِذِكْرِ عِلَالَةٍ فِي جَسَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُرَجَّحُ بِهِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى ، سِوَى الْإِتِّقَاطِ فِي الْمَالِ ،

والمعرفة ؛ فَإِنَّ لَبْنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبْنَ الْأُنْثَى فِي طَبْعِهِ وَزِنَتِهِ . وَقِيلَ : لَبْنُ الذَّكَرِ ثَقِيلٌ ، وَلَبْنُ الْأُنْثَى خَفِيفٌ ، فَيُعْتَبَرَانِ بِطَبْعِيهِمَا وَزِنَتِيهِمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْإِعْتِبَارُ إِنْ كَانَ مُطَرِّدًا فِي الْعَادَةِ غَيْرَ مُخْتَلِفٍ ، فَهُوَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَظْهَرُ مِنَ الْأَوَّلِ ؛ فَإِنَّ أَصُولَ السُّنَّةِ قَدْ تَخَفَى عَلَى الْقَائِفِ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةً ، اعْتَبَرَ بِاللَّبَنِ خَاصَّةً . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدَانِ ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ ، وَادَّعَا أَحَدُهُمَا ، تَعَيَّنَ الْعَرَضُ عَلَى الْقَافَةِ .

قوله : وَإِنْ نَفَثَهُ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةً - أَوْ اخْتَلَفَ قَائِفَانِ - ضَاعَ نَسْبُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : قَوْلُ أَبِي

(١) المغنى ٣٨٣/٨ .

[٢١٠/٥ ط] واللَّقِيطُ ليس بمالٍ ، فعلى هذا ، يَضِيعُ نَسَبُهُ . هذا قولُ أبي بكرٍ ؛ لأنَّه لا دَلِيلَ لأَحَدِهِمْ ، أَشْبَهَ مَنْ لَمْ يَدَّعِ أَحَدٌ نَسَبَهُ . وقال ابنُ حَامِدٍ : يَتْرُكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . قال القاضي : وقد أَوْمَأَ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رَجُلَيْنِ وَقَعَا عَلَى امْرَأَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، إِلَى أَنَّ ابْنَ يُخَيِّرُ أَيُّهُمَا أَحَبُّ . وهو قولُ الشافعيِّ فِي الْجَدِيدِ ، وقال فِي الْقَدِيمِ : حَتَّى يُمَيِّزَ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ : وَالِ أَيُّهُمَا شِئْتَ . وَلأنَّ الْإِنْسَانَ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى قَرِيبِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلأنَّه مَجْهُولُ النَّسَبِ أَقْرَبُ بِهِ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِقْرَارِ ، فَتَبَّتْ نَسَبُهُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْ انْفَرَدَ سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَأُمْكِنَ

بَكْرٍ أَقْرَبُ . قال الحارثيُّ : وهو الْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وفي الْآخِرِ ، يَتْرُكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . قال القاضي : وقد أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . قال الحارثيُّ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْ مُمَيِّزٍ أَيْضًا ، تَفْرِيعًا ^(١) عَلَى وَصِيَّتِهِ وَطَلَاقِهِ ، وَعَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِ ، عَلَى رِوَايَةٍ . وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ ، هُوَ لَمَنْ يَمِيلُ بِطَبْعِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْفَرَعَ يَمِيلُ إِلَى الْأَصْلِ ، لَكِنْ بَشَرَطُ أَنْ لَا يَتَقَدَّمَ إِحْسَانٌ . وَقِيلَ : يُلْحَقُ بِهِمَا . اخْتَارَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، يُخَيِّرُ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَافَةً . وَعَنْهُ ، يُفَرِّعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالْقَرَعَةِ . ذَكَرَهَا فِي « الْمُعْنَى » ، فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » .

(١) فِي ط : « تَعْرِيفًا » .

الْعَمَلُ بِهِمَا ، وَجَبَ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِمَا لِي . وَلَنَا ، أَنْ دَعَوَاهُمَا تَعَارَضَتْ ،
وَلَا حُجَّةٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَثْبُتْ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رِقَّةً ، وَلَيْسَ هُوَ فِي
أَيْدِيهِمَا . قَالَ شَيْخُنَا : وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ أَقْرَبُ لِمَا ذَكَرْنَا . وَقَوْلُهُمْ : يَمِيلُ
طَبْعُهُ إِلَى قَرَاتِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنَّهَا ^(١) قَرَاتُهُ ، فَالْمَعْرِفَةُ
بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ ، وَلَوْ سُلِّمَ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَمِيلُ أَيْضًا إِلَى
مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا وَبُغْضِ مَنْ
أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهَا خُلُقًا
وَأَعْظَمِهَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فَلَا يَبْقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى
النَّسَبِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا فِي أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِالْإِنْتِسَابِ قَبْلَ
الْبُلُوغِ . قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ صَدَقَ الْمُقَرَّرُ بِنَسَبِهِ . قُلْنَا : لَا يَحِلُّ لَهُ تَصْدِيقُهُ ،

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ وَمَنْ تَابَعَهُ ، لَوْ أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةَ ، بَعْدَ إِنْتِسَابِهِ ،
بِغَيْرِ مَنْ انْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بِطَلِّ إِنْتِسَابِهِ . وَمِنْهَا ، لَيْسَ لَهُ الْإِنْتِسَابُ بِالتَّشْهُيِّ ، بَلْ بِالْمِيلِ
الطَّبِيعِيِّ الَّذِي تُبَيِّرُهُ الْوِلَادَةُ . وَمِنْهَا ، يَسْتَقَرُّ نَسَبُهُ بِالْإِنْتِسَابِ ، فَلَوْ انْتَسَبَ إِلَى
أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَنَّ لَهُ الْإِنْتِسَابُ إِلَى الثَّانِي ، أَوْ الْإِنْتِفَاءُ مِنَ الْأَوَّلِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَمِنْهَا ،
لَوْ انْتَسَبَ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا لَمِيلِهِ ، لَحَقَّ بِهِمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ بَلَغَ وَلَمْ
يَنْتَسِبْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، لَعَدِمَ مِثْلَهُ ، ضَاعَ نَسَبُهُ ؛ لِإِنْتِفَاءِ دَلِيلِهِ ، وَلَوْ انْتَسَبَ إِلَى
مَنْ عَدَاهَا ، وَادَّعَاهُ ذَلِكَ الْمُتَنَسِّبُ إِلَيْهِ ، لَحَقَّ . وَمِنْهَا ، وَجُوبُ النَّفَقَةِ عَلَيْهِمَا
مُدَّةَ الْإِنْتِظَارِ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِمُوجِبِهَا ، وَهُوَ الْوِلَادَةُ ، وَكَذَلِكَ فِي مُدَّةِ إِنْتِظَارِ الْبَيِّنَةِ ،
أَوْ الْقَافَةِ .

(١) فِي النسخ : وَأَنَّهُ .

فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ^(١) . وهذا لا ^(٢) يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ،
فَلَا نَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِهِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا انفَرَدَ ؛ فَإِنَّ الْمُنْفَرِدَ
يُثْبِتُ النَّسَبَ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ ، وَقَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَالِ
أَيُّهُمَا شِئْتَ . لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ ثَبِتَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْمُوَالَاةِ
لَا بِالْإِنْتِسَابِ . وَعَلَى قَوْلٍ مَنْ جَعَلَ لَهُ الْإِنْتِسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، إِذَا انْتَسَبَ
إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَادَ فَانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، أَوْ نَفَى نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَنْتَسِبْ
إِلَى أَحَدٍ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبِتَ نَسَبُهُ [٢١١/٥ و] فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ
عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى مُنْفَرِدٌ نَسَبَهُ ثُمَّ أَنْكَرَهُ . وَيُفَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيَّرُ بَيْنَ
أَبَوَيْهِ فَيَخْتَارُ أَحَدَهُمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى الْآخَرِ ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِ
الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا تَبِعَ اخْتِيَارَهُ وَشَهَوَتَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ وَغَيْرِهِ
فِي يَوْمٍ آخَرَ . فَأَمَّا إِنْ قَامَتْ لِلْآخِرِ بَيِّنَةٌ بِنَسَبِهِ ، عَمِلَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُبْطِلُ
قَوْلَ الْقَافَةِ الَّذِي هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْإِنْتِسَابِ ، فَأَوْلَى أَنْ تُبْطَلَ الْإِنْتِسَابُ . وَإِنْ
وُجِدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ انْتِسَابِهِ ، فَالْحَقُّهُ بِغَيْرِ مَنْ انْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بَطْلُ انْتِسَابِهِ ؛
لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبَطْلَ بِهِ الْإِنْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ الْقَافَةِ .

تنبيه : قوله : أو لم يوجد قافة . حَقِيقَةُ الْعَدَمِ ، الْعَدَمُ الْكُلِّيُّ ، فَلَوْ وُجِدَتْ
بعيدة ، ذهبوا إليها . ومنها ، لو قُتِلَ مَنْ ادَّعَاهُ ، قَبْلَ أَنْ يُلْحَقَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَا

(١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه
٨٧٠/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٣٠٩/١ ، ٣١٧ ، ١٨٦/٤ .

(٢) سقط من : م .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ ، أَوْ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ وَطِئَتْ زَوْجَةَ رَجُلٍ أَوْ أُمًّا وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ ، وَآتَتْ بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الْوَاطِئِ ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا .

٢٥٥١ - مسألة : (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أم ولد بشبهة ، وآتت بولدٍ يُمكن أن يكون منه ، فادَّعى الزوج أنه من الواطئ ، أرى القافة معهما) كاللَّقِيطِ ، فالْحَقُّ بِمَنْ أَلْحَقُوهُ بِهِ مِنْهُمَا ، سِوَاءِ ادَّعَايَاهُ أَوْ جَحْدَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ ثَبَتَ الْاِفْتِرَاشُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَشَرَطَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي وَطْءِ الزَّوْجَةِ أَنْ يَدَّعِيَ الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الشُّبْهَةِ ، ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَكَذَلِكَ إِنْ تَزَوَّجَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَزْوِيجًا فَائِدًا ، أَوْ كَانَ نِكَاحُ أَحَدِهِمَا صَحِيحًا وَالْآخَرُ فَاسِدًا ، مِثْلَ أَنْ يُطْلَقَ امْرَأَتُهُ فَيُنِكَحَهَا غَيْرُهُ فِي عِدَّتِهَا وَيَطَّأَهَا ، أَوْ يَبِيعَ أَمَةً فَيَطَّأَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، وَتَأْتِي بَوْلِدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، فَبَايَهُمَا أَلْحَقُوهُ لِحَقِّ . وَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي اللَّقِيطِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

قَوَّدَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَوْ رَجَعَا ؛ لَعَدَمَ قَبُولِهِ . وَلَوْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، انْتَفَى عَنْهُ ، وَهُوَ كَشَرِكِ الْأَبِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي آخِرِ كِتَابِ الْجِنَايَاتِ .

قوله : وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أم ولد بشبهة ، وآتت بولدٍ يُمكن

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . المنع

٢٥٥٢ - مسألة : (وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ) وفي اعتبارِ حُرِّيَّتِهِ وَجْهَانِ مِنَ « الْمُحَرَّرِ » ^(١) . الْقَافَةُ قَوْمٌ يَعْرِفُونَ الْأَنْسَابَ بِالشَّبَهِ ، وَلَا يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِقَبِيلَةٍ . وَقَدْ قِيلَ : أَكْثَرُ مَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي بَنِي مُدَلِّجٍ رَهْطٍ مُجَرَّزٍ الْمُدَلِّجِيُّ . وَكَانَ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ

أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الْوَاطِئِ ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَإِلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَسَوَاءٌ ادَّعَاهُ أَوْ جَحَدَاهُ ، أَوْ أَحَدُهُمَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَشَرَطَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي وَطْءِ الزَّوْجَةِ ، أَنْ يَدَّعِيَ الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الشُّبْهَةِ ، فَعَلَى قَوْلِهِ ، إِنْ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ ، اخْتَصَّ بِهِ لِقْوَةُ جَانِبِهِ . وَفِي « الْإِتِّصَارِ » ، رِوَايَةٌ مِثْلُ ذَلِكَ . وَنَقَلَ أَبُو الْحَارِثِ ، فِي أَمْرٍ رَجُلٍ غَضِبَتْ ، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ ، ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى زَوْجِهَا ، كَيْفَ يَكُونُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ فِي مِثْلِ هَذَا ؟ إِنَّمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا ادَّعَاهُ ، وَهَذَا لَا يَدَّعِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ . وَقِيلَ : إِنْ عُدِمَتْ الْقَافَةُ ، فَهُوَ لِرَبِّ الْفِرَاشِ . وَيَأْتِي فِي آخِرِ اللَّعَانِ ، هَلْ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلسَّيِّدِ نَفْيُهُ ، إِذَا أَحَقَّ بِهِ ، أَوْ بَهُمَا ؟

قوله : وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . يُشْتَرَطُ فِي الْقَائِفِ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ . بِلَا نِزَاعٍ . وَمَعْنَى كَوْنِهِ عَدْلًا ^(٢) مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ ، عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي ، وَمَنْ تَابَعَهُ ، بِأَنْ يَتْرَكَ الصَّبِيَّ بَيْنَ عَشْرَةِ

(١) بعده في م : « قوله » .

(٢) سقط من : ط .

الْمُزْنِيُّ قَائِفًا . وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِي
 الْإِصَابَةِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُكْمٌ ، فَاعْتُبِرَتْ لَهُ هَذِهِ الشَّرُوطُ . قَالَ الْقَاضِي ،
 فِي مَعْرِفَةِ الْقَائِفِ بِالتَّجَرُّبَةِ : هُوَ أَنْ يُتْرَكَ الصَّبِيُّ مَعَ عَشْرَةِ رِجَالٍ غَيْرِ مَنْ
 يَدَّعِيهِ ، وَيُرَى إِيَّاهُمْ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، سَقَطَ [٢١١/٥ ط] قَوْلُهُ ؛
 لِتَبَيُّنِ خَطِّئِهِ . وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرَيْنَاهُ إِيَّاهُ مَعَ عَشْرِينَ مِنْهُمْ مُدَّعِيهِ ،
 فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِهِ لَحِقَ . وَلَوْ اعْتُبِرَ بِأَنْ يَرَى صَبِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ مَعَ قَوْمٍ
 فِيهِمْ أَبُوهُ أَوْ أَخُوهُ ، فَإِذَا أَلْحَقَهُ بِقَرِيْبِهِ ، عُرِفَتْ إِصَابَتُهُ ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ
 سَقَطَ قَوْلُهُ ، جَازَ . وَهَذِهِ التَّجَرُّبَةُ عِنْدَ عَرْضِهِ عَلَى الْقَائِفِ لِلْاِحْتِيَاظِ فِي
 مَعْرِفَةِ إِصَابَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ تُجَرَّبْهُ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِالْإِصَابَةِ وَصِحَّةِ
 الْمَعْرِفَةِ فِي مَرَّاتٍ كَثِيرَةٍ ، جَازَ ، فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا شَرِيفًا شَكَّ فِي وَلَدِهِ
 مِنْ جَارِيَتِهِ ، وَأَتَى أَنْ يَسْتَلْحِقَهُ ، فَمَرَّ بِهِ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ فِي الْمَكْتَبِ ، وَلَا
 يَعْرِفُهُ ، فَقَالَ لَهُ : ادْعُ لِي أَبَاكَ . فَقَالَ لَهُ الْمُعَلِّمُ : وَمَنْ أَبُو هَذَا ؟ قَالَ :
 فَلَانٌ . قَالَ : مِنْ أَيْنَ عَلِمْتَ أَنَّهُ أَبُوهُ ؟ قَالَ : هُوَ أَشْبَهُهُ بِهِ مِنَ الْغُرَابِ
 بِالْغُرَابِ . فَقَامَ الْمُعَلِّمُ مَسْرُورًا إِلَى أَبِيهِ فَأَعْلَمَهُ بِقَوْلِ إِيَّاسٍ ، فَخَرَجَ الرَّجُلُ
 وَسَأَلَ إِيَّاسًا : مِنْ أَيْنَ عَلِمْتَ أَنَّ هَذَا وَلَدِي ؟ فَقَالَ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، وَهَلْ
 يَخْفَى ذَلِكَ عَلَى أَحَدٍ ، إِنَّهُ لَأَشْبَهُهُ بِكَ مِنَ الْغُرَابِ بِالْغُرَابِ . فَسَرَّ الرَّجُلُ
 وَاسْتَلْحَقَ وَلَدَهُ .

رِجَالٍ مِنْ غَيْرِ مَنْ يَدَّعِيهِ ، وَيُرِيهِمْ إِيَّاهُ ؛ فَإِنْ [٢٣٧/٢ ط] أَلْحَقَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ،
 سَقَطَ قَوْلُهُ لِتَبَيُّنِ خَطِّئِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَرَيْنَاهُ إِيَّاهُ مَعَ عَشْرِينَ فِيهِمْ
 مَنْ يَدَّعِيهِ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِهِ ، لَحِقَهُ . وَلَوْ اعْتُبِرَ بِأَنْ يَرَى صَبِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ مَعَ

الشرح الكبير

فصل : نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا قَوْلُ اثْنَيْنِ مِنَ الْقَافَةِ ، وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ مِنْهُمَا ، فَرَوَى عَنْهُ الْأَثَرُ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : إِذَا قَالَ أَحَدُ الْقَافَةِ : هُوَ هَذَا . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ هَذَا . قَالَ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ حَتَّى يَجْتَمَعَ اثْنَانِ فَيَكُونَانِ

الإنصاف

قَوْمٍ فِيهِمْ أَبُوهُ أَوْ أُخُوهُ ؛ فَإِنَّ الْحَقَّهَ بِقَرِيْبِهِ ، عُرِفَتْ إِصَابَتُهُ ، وَإِنْ الْحَقَّهَ بغيرِهِ ، سَقَطَ قَوْلُهُ ، جَازَ . وَهَذِهِ التَّجَرُّبَةُ عِنْدَ عَرْضِهِ عَلَى الْقَافَةِ لِلَاخْتِيَاظِ فِي مَعْرِفَةِ إِصَابَتِهِ ، وَلَوْ لَمْ تُجَرَّبْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَشْهُورًا بِالْإِصَابَةِ ، وَصِحَّةِ الْمَعْرِفَةِ فِي مَرَّاتٍ كَثِيرَةٍ ، جَازَ .

تنبيه : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ حُرِّيَّةُ الْقَائِفِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَ « الْمُنَوَّر » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَب » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . ذَكَرُوهُ فِيمَا يَلْحَقُ مِنَ النَّسَبِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَصَحُّ . وَقِيلَ : تُشْتَرَطُ حُرِّيَّتُهُ . جَزَمَ بِهِ الْقَاضِي ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِب » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَذَكَرَهُ فِي « التَّرْغِيبِ » عَنْ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : الْأَكْثَرُونَ عَلَى أَنَّهُ كَحَاكِمٍ ، فَتُشْتَرَطُ حُرِّيَّتُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . فَعَلَى الْأَوَّلِ ، يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، وَعَلَى الثَّانِي ، يَكُونُ^(١) بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ . وَجَزَمَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، أَنَّهُ تُعْتَبَرُ فِيهِ شُرُوطُ الشَّهَادَةِ .

فوائد : الْأَوَّلَى ، يَكْفِي قَائِفٌ وَاحِدٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ

(١) زيادة من : أ .

شاهدين . فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنه قولٌ يثبت به النسب ، أشبه الشهادة . ولأنه حكمٌ بالشبه في الخلقة ، فاعتبر فيه اثنان ، كالحكم بالمثل في جزاء الصيد . وقال القاضي : يُقبل قول الواحد ؛ لأنه حكمٌ ، ويكفي في الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين ، فقال : إذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً . ولأن النبي ﷺ اكتفى بقول مُجززٍ وحده . فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحدٌ ، فقولهما أولى ؛ لأنه أقوى من قول واحدٍ ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين ، سقط قول الجميع . فإن عارض قول اثنين قول ثلاثة أو أكثر ، لم يرجح وسقط الجميع ، كما لو كانت إحدى البيئتين اثنين ، والأخرى ثلاثة ، فأما إن ألحقته القافة بواحدٍ ، فجاءت قافة أخرى [٢١٢/٥] فألحقته بآخر ، كان للأول ؛ لأن قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، إذا حكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره^(١) له ، وكذلك^(٢) لو ألحقته بواحدٍ ثم عادت فألحقته بغيره كذلك . وإن أقام الآخر بينة أنه ولده ، حكم له به وسقط قول القائف ؛ لأنه بدلٌ ، فسقط بوجود الأصل ، كالتيمم مع الماء .

في رواية أبي طالب ، وإسماعيل بن سعيد . واختاره القاضي ، وصاحب الإنصاف « المستوعب » . وصححه في « النظم » . وقدمه في « الرعايتين » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « لذلك » .

فصل : وإذا ألحقت القافة بكافر أو رقيق ، لم يُحكَم بكفره ولا رقه ؛ لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بمجرّد شبهة والظن ، كما لم يزُل ذلك بمجرّد الدعوى من المنفرد . وإنما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى إثباته ، ولكونه غير مخالف للظاهر ، ولهذا اكتفينا فيه بمجرّد الدعوى من المنفرد ، ولا حاجة إلى إثبات رقه وكفره ، وإثباتهما يخالف الظاهر .

و « الفروع » ، و « الحاوى الصغير » . وعنه ، يُشترط اثنان . نص عليه ، في رواية محمد بن داود المصيصي ، والأثرم ، وجعفر بن محمد . وقدمه في « الفائق » ، و « شرح ابن رزين » . وأطلقهما في « القواعد الأصولية » ، والهارثي في « شرحه » ، و « الكافي » ، و « الزركشي » ، و ظاهر « الشرح » الإطلاق . وخرج الهارثي الاكتفاء بقائف واحد عند العدم ، من نصه على الاكتفاء بالطبيب والبيطار ، إذا لم يوجد سواه ، وأولى ؛ فإن القائف أعز وجوداً منهما .

تنبيه : هذا الخلاف مبني ، عند كثير من الأصحاب ، على أنه ؛ هل هو شاهد أو حاكم ؟ فإن قلنا : هو شاهد . اعتبرنا العدد ، وإن قلنا : هو حاكم . فلا . وقال جماعة من الأصحاب : ليس الخلاف مبنيّاً على ذلك ، بل الخلاف جار ؛ سواء قلنا : القائف حاكم . أو : شاهد ؛ لأننا إن قلنا : هو حاكم . فلا يمتنع التعدّد في الحكم ، كما يُعتبر حاكمان في جزاء الصيد ، وإن قلنا : شاهد . فلا يمتنع شهادة الواحد ، كما في المرأة ، حيث قبلنا شهادتها وشهادة الطبيب ، والبيطار . وقالت طائفة من الأصحاب : هذا الخلاف مبنيٌّ على أنه شاهد ، أو مخبر ؛ فإن جعلناه شاهداً ، اعتبرنا التعدّد ، وإن جعلناه مخبراً ، لم نعتبر التعدّد ، كالخبر في الأمور

فصل : لو ادَّعى نَسَبَ اللَّقِيطِ إنساناً ، فَأَلْحَقَ نَسَبَهُ بِهِ ؛ لِانْفِرَادِهِ بِالدَّعْوَى ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَادَّعَاهُ ، لَمْ يَزُلْ نَسَبُهُ عَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ بِهِ ، فَلَا يَزُولُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِهِ الْقَافَةُ ، لِحَقِّ بِهِ وَانْقِطَعَ عَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ فِي إلْحَاقِ النَّسَبِ ، فَيَزُولُ بِهَا الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كَالشَّهَادَةِ .

الدَّيْنِيَّةُ . الثَّانِيَةُ ، الْقَائِفُ كَالْحَاكِمِ . عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَقِيلَ : هُوَ كَالشَّاهِدِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَأَكْثَرُ مَسَائِلِ الْقَائِفِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ . الثَّلَاثَةُ ، هَلْ يُشْتَرَطُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ مِنَ الْقَائِفِ ؟ قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، بَعْدَ الْقَوْلِ بِاعْتِبَارِ الْاِثْنَيْنِ : وَيُعْتَبَرُ مِنْهُمَا لَفْظُ الشَّهَادَةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ إِذْ مِنْ أَصْلِنَا قَبُولُ شَهَادَةِ الْوَاحِدِ فِي مَوَاضِعَ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ . انْتَهَى . قُلْتُ : فِي تَنْظِيرِهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ نَقَلَ عَنِ الْأَصْحَابِ ؛ كصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ ، إِنَّمَا نَقَلُوا ذَلِكَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَدَرَوْا الْأَثَرُ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَقْبَلُ قَوْلُ وَاحِدٍ ، حَتَّى يَجْتَمِعَ اثْنَانِ ، فَيَكُونَا شَاهِدَيْنِ . وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِنَ الْقَافَةِ ، أَنَّهُ لِهَذَا ، فَهُوَ لَهُ . وَكَذَا قَالَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ دَاوُدَ الْمَصْبُحِيِّ . فَالَّذِي نَقَلَ ذَلِكَ ، قَالَ : يُعْتَبَرُ مِنَ الْاِثْنَيْنِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ . وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلنَّصِّ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي الْوَاحِدِ ، وَلَا عَدَمُهُ ، غَايَتُهُ أَنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى النَّصِّ ، فَلَا اغْتِرَاضَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ فِي « الْاِئْتِصَارِ » : لَا يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ وَلَوْ كَانَا اثْنَيْنِ ، كَمَا فِي الْمُقَوِّمَيْنِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ عَارَضَ قَوْلُ اثْنَيْنِ قَوْلَ ثَلَاثَةٍ فَأَكْثَرَ ، أَوْ تَعَارَضَ اثْنَانِ ، سَقَطَ الْكُلُّ ، وَإِنْ اتَّفَقَ اثْنَانِ ، وَخَالَفَ ثَالِثٌ ،

أَخَذَ بِقَوْلِ الْاِثْنَيْنِ . نَصَّرَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ رَجَعَا ، فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، لَحِقَّ بِالْآخَرِ .
 قَالَ فِي « الْمُنتَخَبِ » : وَمِثْلُهُ بَيْطَارَانِ وَطَبِيبَانِ ، فِي غَيْبٍ . الْخَامِسَةُ ، يُعْمَلُ بِالْقَافَةِ
 فِي غَيْرِ بُنُوَّةٍ ، كَأُخُوَّةٍ وَعُمُومَةٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَعِنْدَ أَيْ الْخَطَّابِ ، لَا يُعْمَلُ بِهَا
 فِي غَيْرِ الْبُنُوَّةِ ، كَأَخْبَارِ رَاعٍ بِشَبِّهِ . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، فِي التَّفْرِيقَةِ بَيْنَ
 الْوَلَدِ وَالْفَصِيلِ : لِأَنَّا وَقَفْنَا عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ ، وَلِتَأْكُدِ النَّسَبِ ، لثَبُوتِهِ مَعَ
 السُّكُوتِ . السَّادِسَةُ ، نَفَقَةُ [٢٣٨/٢] الْمَوْلُودِ عَلَى الْوَاطِئَيْنِ ؛ فَإِذَا لَحِقَ
 بِأَحَدِهِمَا ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ بِنَفَقَتِهِ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، وَحَنْبَلٌ ، أَرَى الْقُرْعَةَ ، وَالْحُكْمَ
 بِهَا . يُرَوَى عَنْهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، أَنَّهُ أَقْرَعَ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ ، فَذَكَرَ
 مِنْهَا ؛ إِقْرَاعَ عَلِيٍّ فِي الْوَلَدِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ وَقَعُوا عَلَى الْأُمَةِ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَلَمْ
 يُرْ هَذَا فِي زَوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، لِاضْطِرَابِهِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَيْمِ فِي « الْهَدْيِ » : الْقُرْعَةُ
 تُسْتَعْمَلُ عِنْدَ فَقْدَانِ مُرْجِحٍ سِوَاهَا ؛ مِنْ بَيِّنَةٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، أَوْ قَافَةٍ . قَالَ : وَلَيْسَ
 بِيَعِيدٍ تَعْيِينَ الْمُسْتَحَقِّ فِي هَذِهِ الْحَالِ بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا غَايَةُ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ مِنْ تَرْجِيحِ
 الدَّعْوَى ، وَلَهَا دُخُولٌ فِي دَعْوَى الْأَمْلاكِ الَّتِي لَا تَثْبُتُ بِقَرِينَةٍ ، وَلَا أَمَارَةٍ ، فَدُخُولُهَا
 فِي النَّسَبِ الَّذِي يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الشَّبهِ الْخَفِيِّ الْمُسْتَنَدِ إِلَى قَوْلِ قَائِفٍ أُولَى .

كِتَابُ الْوَقْفِ

وَهُوَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ .

الشرح الكبير

كِتَابُ الْوَقْفِ

(وهو تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ) وهو مُسْتَحَبٌّ . والأصل فيه ما رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، قال : أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْذِنُهُ فِيهَا ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَالًا أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهِ ؟ قَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قال : فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرُّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالصَّيْفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ .

الإنصاف

كِتَابُ الْوَقْفِ

قوله : وهو تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ . وكذا قال في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْكَافِي » ، و « التَّلْخِيسِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وغيرهم . قال الزُّرْكَشِيُّ : وَأَرَادَ مَنْ حَدَّثَ بِهَذَا الْحَدِّ ، مَعَ شُرُوطِهِ الْمُعْتَبَرَةِ ، وَأَدْخَلَ فِيهِمُ الشُّرُوطَ فِي الْحَدِّ . انتهى . وقال في « الْمُطْلَعِ » : وَحَدِّ

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ ؛ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ [٢١٢/٥ ط] يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) .

فصل : والقولُ بصحَّةِ الوقفِ قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ مِنَ السَّلَفِ وَمَنْ بعدهم . قال جابرٌ : لم يكن أحدٌ من أصحابِ رسولِ الله ﷺ ذو مقدرةٍ إِلَّا وَقَفَ . ولم يره شريحٌ ، وقال : لا حبسَ عن فرائضِ الله . قال أحمدُ : هذا مذهبُ أهلِ الكوفةِ . وحديثُ ابنِ عُمرَ حُجَّةٌ على مَنْ خالفه ، وهو صريحٌ في الحكمِ مع صحَّته ، وقولُ جابرٍ نقلٌ للإجماعِ ، فلا يلتفتُ إلى خلافِ ذلك .

المُصَنَّفِ لم يجمعْ شروطَ الوقفِ ، وحدهُ غيره ، فقال : تحييسُ مالِكٍ مُطْلَقٍ التَّصَرُّفِ ماله المُتَنَفِّعُ به مع بقاءِ عيِّنه ، بقطعِ تصرُّفِ الواقفِ في رقبته ، يُصَرَّفُ ريعه إلى جهةٍ برٍّ ؛ تَقَرُّبًا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . انتهى . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَقْرَبُ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢٦٠/٣ ، ١٢٠/٤ ، ١٢٠/٤ ، ١٢٠/٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، ١٢٥٦ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٥/٢ .. والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٣/٦ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحباس . المجتبى ١٩١/٦ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢/٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ٢٦١/٦ .

وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ ؛ ^{المنع} مِثْلُ أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ يَجْعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَيَأْذَنَ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَهَا لَهُمْ .
وَالْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ .

٢٥٥٣ - مسألة : (وفيه روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ ^{الشرح الكبير} وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ يَجْعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَيَأْذَنَ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَهَا لَهُمْ)
ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِالْفِعْلِ مَعَ الْقَرَائِنِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . قَالَ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَأَبِي طَالِبٍ ، فِي مَنْ أَدْخَلَ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ وَأَذِنَ فِيهِ : لَمْ يَرْجَعْ فِيهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا اتَّخَذَ الْمَقَابِرَ وَأَذِنَ لِلنَّاسِ ، وَالسِّقَايَةَ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . (وَ) الرُّوَايَةُ (الْآخَرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ) ذَكَرَهَا الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .
وَأَخَذَهُ الْقَاضِي مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ ، إِذْ سَأَلَهُ الْأَثَرُمُ عَنْ رَجُلٍ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ لِيَجْعَلَهَا مَقْبَرَةً ، وَنَوَى بَقْلِهِ ، ثُمَّ بَدَّاهُ الْعَوْدُ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا

الْحُدُودِ فِي الْوَقْفِ ، أَنَّهُ كُلُّ عَيْنٍ تَجُوزُ عَارِيَّتُهَا . فَأَدْخَلَ فِي حُدُودِهَا أَشْيَاءَ كَثِيرَةً لَا يَجُوزُ ^{الإِنصاف} وَقْفُهَا عِنْدَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَالْأَصْحَابِ ، يَأْتِي حُكْمُهَا .

قوله : وفيه روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ . كَمَا مَثَّلَ بِهِ الْمُصَنِّفُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرُهُمْ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنْعِقَادُ الْوَقْفِ

لله فلا يَرْجِعُ . قال شيخنا^(١) : وهذا لا يُنافي الرواية الأولى ، فإنه إن^(٢) أراد بقوله : إن كان جعلها لله . أى نوى بتحويلها جعلها لله ، فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها ، إذ منعه من الرجوع بمجرّد التحويل مع النية ، وإن أراد بقوله : جعلها لله . أى اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك مع إذنه للناس في الدفن فيها ، فهو الرواية الأولى بعينها ، وإن أراد : إذا وقفها بقوله . فيدل بمفهوميته على أن الوقف لا يحصل بمجرّد التحويل والنية ، وهذا لا يُنافي الرواية الأولى ؛ لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ، ولم يوجد ههنا ، فلا تنافي بينهما ، ولم يعلم مراده من [٢١٣/٥] هذه الاحتمالات ، فانتفت هذه الرواية ، وصار المذهب رواية واحدة . واحتجوا بأن هذا تحييس على وجه القرينة ، فوجب أن لا يصح بدون اللفظ ، كالوقف على الفقراء . ولنا ، أن العرف جارٍ بذلك ، وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به ، كالقول ، وجرى

به ، وعليه الأصحاب . انتهى . وجزم به في « الجامع الصغير » ، و « رُعوس المسائل » للقاضى ، و « رُعوس المسائل » لأبى الخطّاب ، و « الكافى » ، و « العمدة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . والرواية الأخرى ، لا يصح إلا بالقول وحده ، كما مثل المصنّف . ذكرها القاضى في « المُجرّد » ، واختاره أبو محمد الجوزى . ومنع المصنّف دلائلها ، وجعل المذهب رواية واحدة ، وكذلك الحارثي .

(١) فى : المغنى ٨/ ١٩٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مَجْرَى مَنْ قَدَّمَ إِلَى ضَيْفِهِ طَعَامًا كَانَ إِذْنًا فِي أَكْلِهِ ، وَمَنْ مَلَأَ خَابِيَةَ مَاءٍ عَلَى الطَّرِيقِ كَانَ تَسْبِيلًا لَهُ ، وَمَنْ نَثَرَ نَثَارًا كَانَ إِذْنًا فِي أَخْذِهِ ، كَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ وَاسْتِعْمَالُ مَائِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مُبَاحٌ بِدَلَالَةِ الْحَالِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ ، وَكَذَلِكَ الْهَبَةُ وَالْهَدِيَّةُ ؛ لِدَلَالَةِ الْحَالِ ، كَذَلِكَ هَذَا . وَأَمَّا الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَلَمْ تَجْرَ بِهِ عَادَةٌ بِغَيْرِ لَفْظٍ ، وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ أَوْ دَلَّتِ الْحَالُ عَلَيْهِ ، كَانَ كَمَسْأَلَتِنَا .

فائدة : قال في « الْمُطْلِعِ » : السَّقَايَةُ ، بِكَسْرِ السِّينِ ، الْمَوْضِعُ الَّذِي يُتَّخَذُ فِيهِ الشَّرَابُ فِي الْمَوَاسِمِ وَغَيْرِهَا . عَنْ ابْنِ عَبَّادٍ ^(١) ، قَالَ : وَالْمُرَادُ هُنَا بِالسَّقَايَةِ ؛ الْبَيْتُ الْمَبْنِيُّ لِقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، سُمِّيَ بِذَلِكَ تَشْبِيهًا بِذَلِكَ . قَالَ : وَلَمْ أَرَهُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ اللُّغَةِ وَالْعَرَبِ ، إِلَّا بِمَعْنَى مَوْضِعِ الشَّرَابِ ، وَبِمَعْنَى الصُّوَاعِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : أَرَادَ بِالسَّقَايَةِ مَوْضِعَ التَّطَهُّرِ وَقَضَاءِ الْحَاجَةِ ، بِقَيْدِ وُجُودِ الْمَاءِ . قَالَ : وَلَمْ أَجِدْ ذَلِكَ فِي كُتُبِ اللُّغَوِيِّينَ ، وَإِنَّمَا هِيَ عِنْدَهُمْ مَقُولَةٌ بِالِاشْتِرَاكِ عَلَى الْإِنَاءِ الَّذِي يُسْقَى بِهِ ، وَعَلَى مَوْضِعِ السَّقَى ، أَيْ الْمَكَانِ الْمُتَّخَذِ بِهِ الْمَاءُ . غَيْرَ أَنَّ هَذَا يُقَرَّبُ مَا أَرَادَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ : وَشَرَعَهَا . أَيْ فَتَحَ بَابَهَا . وَقَدْ يُرِيدُ بِهِ مَعْنَى الْوُرُودِ . انْتَهَى . قُلْتُ : لَعَلَّهُ أَرَادَ أَعَمَّ مِمَّا قَالَا ، فَيَدْخُلُ فِي كَلَامِهِ : لَوْ وَقَفَ خَابِيَةَ لِلْمَاءِ عَلَى الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ ، وَبَنَى عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ ذَلِكَ تَسْبِيلًا لَهُ . وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : لَوْ وَقَفَ سَقَايَةً ، مَلَكَ الشَّرْبَ مِنْهَا ، لَكِنْ يَرُدُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ : وَيَشْرَعُهَا لَهُمْ .

(١) هو إسماعيل بن عباد بن عباس الطالقاني ، أبو القاسم المعروف بالصاحب ، الوزير الكبير العلامة الأديب الكاتب وزير الملك مؤيد الدولة بويه ، له تصانيف منها « المحيط » في اللغة ، و « الإمامة » . توفي سنة خمس وثمانين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ٥١١/١٦ - ٥١٤ .

وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَلْتُ . وَكِنَايَتُهُ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ، أَوْ يَقْرَنَ بِهَا أَحَدَ الْأَلْفَاظِ الْبَاقِيَةِ ، أَوْ حُكْمَ الْوَقْفِ ، فَيَقُولَ : تَصَدَّقْتُ

٢٥٥٤ - مسألة : (وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَسَبَلْتُ ، وَحَبَسْتُ) فمضى أتى بواحدةٍ منها ، صار وَقْفًا مِنْ غَيْرِ انضمامِ أمرٍ زائدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ الاستعمالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانضَمَّ إِلَى ذَلِكَ عُرْفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَلْتَ ثَمَرَتَهَا »^(١) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ فِي الْوَقْفِ كَلْفَظِ التَّطْلِيقِ فِي الطَّلَاقِ . وَالْكِنَايَةُ (تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ) فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ وَالتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمِ يُسْتَعْمَلُ فِي الظُّهَارِ وَالْأَيْمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ عُرْفُ الاستعمالِ ، فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِنَايَاتِ

تنبيه : قوله : مِثْلُ أَنْ يَنْبِيَّ مَسْجِدًا - أَيْ يَنْبِيَّ بُنْيَانًا عَلَى هَيْئَةِ الْمَسْجِدِ - وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ . أَيْ إِذْنًا عَامًّا ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ الْخَاصَّ قَدْ يَقَعُ عَلَى غَيْرِ الْمَوْقُوفِ ، فَلَا يُفِيدُ دَلَالََةَ الْوَقْفِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ .

قوله : وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَلْتُ . وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، صَرِيحٌ فِي الْوَقْفِ ، بِلَا نِزَاعٍ ، وَهِيَ مُتَرَادِفَانِ عَلَى مَعْنَى الْأَشْتِرَاكِ فِي الرَّقَبَةِ عَنِ التَّصَرُّفَاتِ

(١) تقدم تخرجه في حديث عمر في صفحة ٣٦٢ .

صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، [١٥٣ د] أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ ، أَوْ مُوَبَّدَةٌ ، أَوْ لَا تَبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ .

الشرح الكبير

الظَّهَارِ . فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ الْوَقْفُ بِهَا ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْوِيَ الْوَقْفَ ، فَيَكُونَ عَلَى مَا نَوَى ، إِلَّا أَنْ النَّيَّةَ تَجْعَلُهُ وَقْفًا فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ؛ لِعَدَمِ الْإِطْلَاعِ عَلَيْهَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا نَوَاهُ ، لَزِمَ فِي الْحُكْمِ ؛ لظُهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا نَوَى . الثَّانِي ، أَنْ يُضِيفَ إِلَيْهَا لَفْظَةً تُخَلِّصُهَا مِنَ الْأَلْفَافِ الْخَمْسَةِ ، (فَيَقُولُ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُوَبَّدَةٌ ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ) أَوْ يَقُولَ : هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَّسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُوَبَّدَةٌ . الثَّالِثُ ، [٢١٣/٥ ط] أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَةٌ (لَا تَبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةَ تُزِيلُ الْاشْتِرَاكَ .

الْمُزِيلَةُ لِلْمِلْكِ . وَأَمَّا سَبَلْتُ ، فَصَرِيحَةٌ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَيْسَ صَرِيحًا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ : « حَبَسَ الْأَصْلَ ، وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ » ^(١) . غَايَرَ بَيْنَ مَعْنَى التَّحْبِيسِ ، وَالتَّسْبِيلِ ، فَامْتَنَعَ كَوْنُ أَحَدِهِمَا صَرِيحًا فِي الْآخَرِ . وَقَدْ عَلِمَ كَوْنُ الْوَقْفِ هُوَ الْإِمْسَاكُ فِي الرَّقَبَةِ عَنْ أَسْبَابِ التَّمْلُكَاتِ . وَالتَّسْبِيلُ إِطْلَاقُ التَّمْلِكِ ، فَكَيْفَ يَكُونُ صَرِيحًا فِي الْوَقْفِ ؟ انْتَهَى .

(١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَبْسِ الْمَشَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْبَاسِ . الْمُجْتَبَى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ وَقَفَ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٨٠١/٢ .

قوله : وَكِنَايَتُهُ : تَصَدَّقْتُ . وَحَرَمْتُ . وَأَبَدْتُ . أَمَّا تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، فَكِنَايَةُ فِيهِ ، بِلَا خِلَافٍ أَعْلَمُهُ . وَأَمَّا أَبَدْتُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا مِنَ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ الْأَكْثَرُ . وَذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ ، أَنَّ أَبَدْتُ . صَرِيحٌ فِيهِ .

قوله : فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ - بِلَا نِزَاعٍ - أَوْ يَقْرَنَ بِهَا أَحَدَ الْأَلْفَاظِ الْبَاقِيَةِ - يَعْنِي الْأَلْفَاظَ الْخَمْسَةَ مِنَ الصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ - أَوْ حُكْمَ الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ [٢/٢٣٨ ط] : تَصَدَّقْتُ صَدَقَةً مُوقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَّسَةً ، أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً ، أَوْ لَا تَبَاغُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَذَكَرَ أَبُو الْفَرَجِ أَنَّ قَوْلَهُ : صَدَقَةً مُوقُوفَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً ، أَوْ لَا تَبَاغُ . كِنَايَةٌ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : إِضَافَةُ التَّسْبِيلِ بِمُجَرَّدِهِ إِلَى الصَّدَقَةِ لَا يُفِيدُ زَوَالَ الْأَشْتِرَاكِ ، فَإِنَّ التَّسْبِيلَ إِنَّمَا يُفِيدُ مَا تُفِيدُهُ الصَّدَقَةُ ، أَوْ بَعْضُهُ ، فَلَا يُفِيدُ مَعْنَى زَائِدًا . وَكَذَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى إِضَافَةِ التَّأْيِيدِ إِلَى التَّحْرِيمِ ، لَا يُفِيدُ الْوَقْفَ ؛ لِأَنَّ التَّأْيِيدَ قَدْ يُرِيدُ بِهِ دَوَامُ التَّحْرِيمِ ؛ فَلَا يَخْلُصُ اللَّفْظُ عَنِ الْأَشْتِرَاكِ . قَالَ : وَهَذَا الصَّحِيحُ . انْتَهَى .

وَقَدْ قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : لَوْ جَعَلَ غُلُوُّ بَيْتِهِ أَوْ سُفْلُهُ مَسْجِدًا ، صَحَّ . وَكَذَا لَوْ جَعَلَ وَسْطَ دَارِهِ مَسْجِدًا ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ كَالْبَيْعِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ مِنْهُ الْاِكْتِفَاءُ بِلَفْظٍ يُشْعِرُ بِالْمَقْصُودِ ، وَهُوَ أَظْهَرُ عَلَى أَصْلَانَا ، فَيَصِحُّ ، جَعَلْتُ هَذَا لِلْمَسْجِدِ ، أَوْ فِي الْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ نَصُوصِهِ . وَصَحَّحَ فِي رِوَايَةِ يَعْقُوبَ وَقَفَ مَنْ قَالَ : قَرَيْتِي الَّتِي بِالتَّعْرِ لِمَوَالِي الَّذِينَ بِهِ ، وَلَأَوْلَادِهِمْ . وَقَالَ شَيْخُنَا ، وَقَالَ : إِذَا قَالَ وَاحِدٌ ، أَوْ جَمَاعَةٌ : جَعَلْنَا هَذَا الْمَكَانَ مَسْجِدًا ، أَوْ وَقَفًا . صَارَ مَسْجِدًا وَوَقَفًا بِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يُكْمِلُوا عِمَارَتَهُ .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ ^{المنع} بَيْعُهَا وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ؛ كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٥ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ) الْوَقْفُ (إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالْعَقَارِ ، وَالْأَثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنْ

وَإِذَا قَالَ كُلٌّ مِنْهُم : جَعَلْتُ مِلْكِي لِلْمَسْجِدِ . أَوْ فِي الْمَسْجِدِ . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، صَارَ بِذَلِكَ حَقًّا لِلْمَسْجِدِ . انْتَهَى .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِأَرْضِي عَلَى فُلَانٍ ، وَذَكَرَ مُعَيَّنًا ، أَوْ مُعَيَّنِينَ ، وَالنَّظَرُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي ، أَوْ لِفُلَانٍ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ لِفُلَانٍ . كَانَ مُفِيدًا لِلْوَقْفِ . وَكَذَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَى فُلَانٍ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، أَوْ عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَى قَبِيلَةٍ كَذَا ، أَوْ طَائِفَةٍ كَذَا . كَانَ مُفِيدًا لِلْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُسْتَعْمَلُ فِيمَا عَدَاهُ ، فَالشَّرِكَةُ مُتَنَفِيَّةٌ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى فُلَانٍ . ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : أَرَدْتُ الْوَقْفَ . وَلَمْ يُصَدِّقْهُ فُلَانٌ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ الْمُتَصَدِّقِ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ . قُلْتُ : فَيُعَايَى بِهَا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا . يَعْنِي ، فِي الْعُرْفِ ، كَالْإِجَارَةِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاعْتَبَرَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَازِي بَقَاءَ مُتَطَوُّلًا ، أَذْنَاهُ عُمُرُ الْحَيَوَانِ .

قوله : كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ . أَمَّا وَقْفٌ غَيْرُ الْمَنْقُولِ ،

الذى يَصِحُّ وَقْفُهُ ما جاز بَيْعُهُ مع بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وكان أَصْلًا يَبْقَى بَقَاءً مُتَّصِلًا ؛ كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّورِ وَالْأَرْضَيْنِ ، عَلَى مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وقال في مَنْ وَقَفَ خُمْسَ نَخْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ : لَا بَأْسَ بِهِ . وهذا قولُ الشافعيِّ . وقال أبو يُوسُفَ : لَا يَجُوزُ وَقْفُ الْحَيَوَانِ ، وَلَا الرَّقِيقِ ، وَلَا الْعُرُوضِ إِلَّا الْكُرَاعُ^(١) ، وَالسَّلَاحُ ، وَالْغُلَمَانُ ، وَالْبَقَرُ ، وَالْآلَةُ فِي الْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ تَبَعًا لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا حَيَوَانٌ لَا يُقَاتَلُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ وَقْفُهُ ، كَمَا لو كان الْوَقْفُ إِلَى مُدَّةٍ . وعن مالكٍ في الْكُرَاعِ وَالسَّلَاحِ رِوَايَتَانِ . ولنا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّهُ قَدْ احْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) ، وفي رِوَايَةِ « أَعْتَدَهُ » .

فَيَصِحُّ بِلَا زِوَاعٍ . وَأَمَّا وَقْفُ الْمَنْقُولِ ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَنَحْوِهَا ، فَالْصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ وَقْفِهَا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وعنه ، لَا يَصِحُّ وَقْفُ غَيْرِ الْعَقَارِ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ ، وَحَنْبَلٍ . وَمَنْعٌ

(١) الْكُرَاعُ : اسم يجمع الخيل والسلاح .

وفي المغنى ٢٣٢/٨ . « وَلَا الْكُرَاعُ » . وما هنا يوافق ما حكاه عن أبي يوسف في فتح القدير ٢١٦/٦ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥٢/٢ ، ٤٩/٤ . ومسلم ، في : باب في تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٧٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٧٦/١ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٢٤/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٢/٢ .

أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قَالَ الْخَطَّابِيُّ^(١) : الْأَعْتَادُ مَا يُعِدُّهُ الرَّجُلُ مِنْ مَرْكُوبٍ وَسِلَاحٍ وَآلَةٍ الْجِهَادِ . وَرَوَى أَنْ أُمَّ مَعْقِلٍ جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، أَفَأَرْكَبُهُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ازْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٢) . وَلَأنَّهُ يَحْصُلُ فِيهِ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَصَحَّ وَقَفُّهُ ، كَالْعَقَارِ وَالْفَرَسِ الْحَيِّسِ ، أَوْ نَقُولُ : يَصِحُّ وَقْفُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ وَحْدَهُ ، كَالْعَقَارِ .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رجلٍ له دارٌ في الرِّبْضِ^(٣) ، أَوْ قَطِيعَةً ، فَأَرَادَ التَّنَزُّعَ مِنْهَا ، قَالَ : يَقِفُهَا . وَقَالَ : الْقَطَائِعُ تَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ . أَرَادَ^(٤) جَعْلَهَا لِلْمَسَاكِينِ . فَظَاهِرُ هَذَا إِبَاحَةُ وَقْفِ السَّوَادِ ، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ وَقْفٌ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ وَقْفُهَا يُطَابِقُ الْأَصْلَ ، لَا أَنَّهَا تَصِيرُ بِهَذَا الْقَوْلِ وَقْفًا .

الْحَارِثِيُّ دَلَالَةُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، وَجَعَلَ الْمَذْهَبَ رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، لَا يَجُوزُ وَقْفُ السَّلَاحِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ : وَقَالَ فِي « الْإِرْشَادِ » : لَا يَصِحُّ وَقْفُ الثِّيَابِ .

(١) في : معالم السنن ٥٣/٢ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٣) الرِّبْضُ هنا : ما حول المدينة من أرض فضاء .

(٤) هكذا في النسخ ، وفي المغني ٢٣٣/٨ ، والمبدع ٣١٦/٥ « إذا » .

المقنع وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِرِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٦ - مسألة : (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِرِ) وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو يوسف . [٢١٤/٥] وقال محمد بن الحسن : لا يَصِحُّ . وبناء على أصله في أن القبض شرطٌ ، وهو لا يَصِحُّ في المُشَاعِرِ . ولنا ، أن في حديث عمرَ ، أنه أصاب مائة سهمٍ من خيبرَ ، فاستأذن النبي ﷺ فيها ، فأذن له في وقفها . وهذا صفة المُشَاعِرِ ، ولأنه عقدٌ يجوزُ على بعض الجملة مفردًا ، فجاز عليه مُشاعًا ، كالبيعِ ، ولأن الوقفَ تحييسُ الأصلِ وتسبيلُ المنفعةِ ، وهذا يَحْصُلُ في المُشَاعِرِ كحصوله في المفرد^(١) ، ولا نُسلمُ اعتبارَ القبضِ ، وإن سلمنا ، فهو يَصِحُّ في الوقفِ كما يَصِحُّ في البيعِ .

الإنصاف

قوله : وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِرِ . هذا المذهبُ ، نصُّ عليه ، وعليه الأصحابُ قاطبةً . وفي طريقة بعض الأصحابِ ، ويتوجَّه من عدمِ صحةِ إجارةِ المُشَاعِرِ ، عدمُ صحَّةِ وقفه .

فائدة : قال في « الفروع » : يتوجَّه أن المُشَاعِرَ لو وقفه مسجدًا ، ثبت فيه حُكْمُ المسجدِ في الحالِ ، فيمنعُ من الجُنُبِ ، ثم القسمةُ مُتَعَيَّنَةٌ هنا ؛ لتعيُّنها طريقًا للانتفاعِ بالموقوفِ . انتهى . وكذا ذكره ابنُ الصَّلَاحِ^(٢) .

(١) في م : « المقرر » .

(٢) عثمان بن صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان الكردي الشهرزوري ، الشافعي ، أبو عمرو . الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام ، وصاحب كتاب « علوم الحديث » . توفي سنة ثلاث وأربعين وستائة . سير أعلام النبلاء ١٤٠/٢٣ - ١٤٤ .

وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلَى عَلَى اللُّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ . المقنع

فصل : وإن وَقَفَ دارَهُ على جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، مثلَ أَنْ يَقِفَهَا على أَوْلَادِهِ وعلى الْمَسَاكِينِ ؛ نِصْفَيْنِ ، أو أَثْلَاثًا ، أو كَيْفَمَا كَانَ ، جاز . وسواءً جَعَلَ مَالُ الْمَوْقُوفِ على أَوْلَادِهِ وعلى ^(١) الْمَسَاكِينِ ، أو على جِهَةٍ سِوَاهُم ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جازَ وَقْفُ الْجُزْءِ مُفْرَدًا ، جازَ وَقْفُ الْجُزْأَيْنِ . وإن أَطْلَقَ الْوَقْفَ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ دارِي هذه على أَوْلَادِي ، وعلى الْمَسَاكِينِ . فهي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ ، وَلَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالتَّنْصِيفِ . وإن قَالَ : وَقَفْتُهَا على زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْمَسَاكِينِ . فهي بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .

٢٥٥٧ - مسألة : (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلَى عَلَى اللُّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ) لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْعٌ مُبَاحٌ مَقْصُودٌ يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَوَقْفِ السِّلَاحِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلِمَا رَوَى نَافِعٌ ، قَالَ : ابْتَاعَتْ حَفْصَةُ حَلِيًّا بَعِشْرِينَ أَلْفًا ، فَحَبَسَتْهُ عَلَى نِسَاءِ آلِ الْخَطَّابِ ، فَكَانَتْ لَا تُخْرِجُ

قوله : وَيَصِحُّ وَقْفُ الْحَلَى لِلُّبْسِ ، وَالْعَارِيَّةِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : هذا المذهبُ . قال الْحَارِثِيُّ : هذا الصَّحِيحُ . وَذَكَرَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » عَنْ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، فِي آخَرِينَ ، وَنَقَلَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » فِي الْحَلَى وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، ذَكَرَهُ الْحَارِثِيُّ . وَتَأَوَّلَهَا الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . الإنصاف

(١) فِي النسخ : « عَلَى » ، وَالثَّبْتُ مِنَ الْمَعْنَى ٢٣٣/٨ .

المقنع وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِي الذِّمَّةِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَدَارٍ ،

الشرح الكبير

زَكَاتِهِ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(١) . وَلأنَّهُ عَيْنٌ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَائِهَا دَائِمًا ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ . وَأَنْكَرَ الْحَدِيثَ عَنْ حَفْصَةَ فِي وَقْفِهِ . وَوَجَّهَ هَذِهِ الرَّوَايَةَ أَنَّ التَّحْلِيَّ لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ مِنَ الْأَثْمَانِ ، فَلَمْ يَصِحَّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، وَالتَّحْلِيَّ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمُهَمَّةِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إِسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُتَّخِذِهِ ، وَجَوَّزَ إِجَارَتَهُ لِذَلِكَ . وَيُفَارِقُ الدَّرَاهِمَ وَالِدَّنَانِيرَ ، فَإِنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِبْ بِالتَّحْلِيَّ بِهَا ، وَلَا اعْتَبَرَ الشَّرْعُ ذَلِكَ فِي إِسْقَاطِ زَكَاةٍ ، وَلَا ضَمَانٍ نَفْعِهِ فِي الْعُصْبِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

٢٥٥٨ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِي الذِّمَّةِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَدَارٍ)
وَسِلَاحٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِبْطَالٌ لِمَعْنَى الْمِلْكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي
غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْعِتْقِ .

الإِنصاف

قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » : وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ مُبْنِيَّةٌ عَلَى مَا حَكَيْنَاهُ عَنْهُ فِي الْمَنْعِ فِي وَقْفِ
الْمَنْقُولِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ » .

فَائِدَةٌ : لَوْ أُطْلِقَ وَقْفَ الْحَلِيِّ ، لَمْ يَصِحَّ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : لَوْ
قِيلَ بِالصَّحَّةِ ، وَيُضْرَفُ إِلَى اللَّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ ، لَكَانَ مُتَّجِهَاً ، وَلَهُ نَظَائِرُ .

(١) قَالَ فِي الْإِرْوَاءِ ٣٤/٦ : لَمْ أَقِفْ عَلَى إِسْنَادِهِ .

وَلَا غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَأَحَدِ هَذَيْنِ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛
كَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ ،
المقنع

الشرح الكبير ٢٥٥٩ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ في (غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كأَحَدِ هَذَيْنِ)
الْعَبْدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمَلِكِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ ،
كَالْهَبَةِ .

٢٥٦٠ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ كَأُمِّ
الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ) وَالْمَرْهُونِ ، وَكَذَلِكَ الْخِزْيُورُ ، وَسَائِرُ سَبَاعِ الْبَهَائِمِ
الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحُ الطَّيْرِ الَّتِي لَا يُصَادُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمَلِكِ
فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ
الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ مُبَاحَةٌ فَلَا يَحْصُلُ فِيهِ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ
أَيْبَحُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَسُّعُ فِيهَا ،
وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ
وَقْفُ الْحَمْلِ الْمُنْفَرِدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

الإنصاف قوله : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلا رَيْبٍ ،
وعليه الأصحاب . وقال في « التَّلْخِيسِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، كَالْعِتْرِ . وَنَقَلَ
جَمَاعَةٌ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ وَقَفَ دَارًا ، وَلَمْ يَحُدِّهَا ، قَالَ : يَصِحُّ ، وَإِنْ لَمْ يَحُدِّهَا ،
إِذَا كَانَتْ مَعْرُوفَةً . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . فَعَلَى الصَّحَّةِ ، يَخْرُجُ الْمُتَبَهُمُ
بِالْقُرْعَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرُهُمَا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ . أَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ ،
فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا . قَطَعَ بِهِ فِي

« الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، و « الْفُرُوع » ، وغيرهم . وقيل : يَصِحُّ . قَالَهُ فِي « الْفَائِقِ » . [٢٣٩/٢] وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصُّغِيرِ » . قُلْتُ : فَلَعَلَّ مُرَادَ الْقَائِلِ بِذَلِكَ إِذَا قِيلَ بِجَوَازِ بَيْعِهَا ، أَوْ أَنَّهُ يَصِحُّ مَا دَامَ سَيِّدُهَا حَيًّا ، عَلَى قَوْلِ يَأْتِي . ثُمَّ وَجَدْتُ صَاحِبَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » قَالَ : وَفِي أُمِّ الْوَلَدِ وَجْهَانِ ، قُلْتُ : إِنْ صَحَّ بَيْعُهَا ، صَحَّ وَقْفُهَا ، وَإِلَّا فَلَا . انْتَهَى . لَكِنْ يَنْبَغِي عَلَى هَذَا أَنْ يَصِحَّ وَقْفُهَا ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَقَى الدِّينِ ، يَصِحُّ وَقْفُ مَنَافِعِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي حَيَاتِهِ .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : الْمُكَاتَبُ ؛ إِنْ قِيلَ بِمَنْعِ بَيْعِهِ ، فَكَأَمِّ الْوَلَدِ ، وَإِنْ قِيلَ بِالْجَوَازِ ، كَمَا هُوَ الْمَذْهَبُ ، فَمُقْتَضَى ذَلِكَ صِحَّةُ وَقْفِهِ ، وَلَكِنْ إِذَا أَدَّى ، هَلْ يَنْطَلُ الْوَقْفُ ؟ يَخْتِاجُ إِلَى نَظَرٍ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، حُكْمُ وَقْفِ الْمُدَبِّرِ حُكْمُ بَيْعِهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الزَّرَكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَأَمَّا الْكَلْبُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » : وَقَدْ تَخَرَّجَ الصَّحَّةُ مِنْ جَوَازِ إِعَارَةِ الْكَلْبِ الْمُعْلَمِ ، كَمَا خُرَجَ جَوَازُ الْإِجَارَةِ ؛ لِحُصُولِ نَقْلِ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ بَغَيْرِ إِشْكَالٍ ، فَجَازَ أَنْ تُنْقَلَ . قَالَ : وَالصَّحِيحُ اخْتِصَاصُ النَّهْيِ عَنِ الْبَيْعِ بِمَا عَدَا كَلْبَ الصَّيْدِ ؛ بِدَلِيلِ رِوَايَةِ حَمَادِ بْنِ سَلَمَةَ ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ ، عَنْ جَابِرٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ ، وَالسَّنُورِ ، إِلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ ^(١) . وَالْإِسْنَادُ جَيِّدٌ ، فَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُعْلَمِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُهُ جَائِزٌ . وَفِي

(١) تقدم تخريجه في ٤٣/١١ .

وَمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَطْعُومِ ، الْمُنْعِ
وَالرِّيَاحِينَ .

الشرح الكبير فصل : (ولا) يَصِحُّ وَقْفُ (ما لا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ؛
كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَطْعُومِ ، وَالرِّيَاحِينَ) ما لا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ
عَيْنِهِ ؛ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ ، وَالْمَطْعُومِ ^(١) ، وَالْمَشْرُوبِ ، وَأَشْبَاهِهِ مِنَ
الرِّيَاحِينَ ، لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا شَيْئًا حُكِيَ
عَنْ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، فِي وَقْفِ الطَّعَامِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ . وَلَمْ يَحْكِهِ أَصْحَابُ

الإنصاف مَعْنَاهُ جَوَارِحُ الطَّيْرِ ، وَسِبَاغُ الْبَهَائِمِ الصَّيَّادَةِ ، يَصِحُّ وَقْفُهَا ، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا ،
بِخِلَافِ غَيْرِ الصَّيَّادَةِ . وَمَرَّ فِي الْمَذْهَبِ رَوَايَةٌ بِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا ، أَعْنَى الصَّيَّادَةِ ، فَيُمْتَنَعُ
وَقْفُهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَيَصِحُّ وَقْفُ الْكَلْبِ
الْمُعَلَّمِ ، وَالْجَوَارِحِ الْمَعْلَمَةِ ، وَمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ .

قوله : وَمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ، كَالْأَثْمَانِ . إِذَا وَقَفَ الْأَثْمَانُ ، فَلَا يَخْلُو ؛
إِمَّا أَنْ يَقِفَهَا لِلتَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَإِنْ وَقَفَهَا لِلتَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، فَالصَّحِيحُ
مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَدَّمُهُ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَدَمُ الصَّحَّةِ أَصَحُّ . وَقِيلَ :
يَصِحُّ ؛ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ . قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : إِنْ وَقَفَهَا لِلزَّئِنَةِ بِهَا ، فَقِيَاسُ
قَوْلِنَا فِي الْإِجَارَةِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ . فَعَلِيَ هَذَا ؛ إِنْ وَقَفَهَا وَأَطْلَقَ ، بَطَلَ الْوَقْفُ . عَلَى
الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، وَيُحْمَلُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ وَقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ ،
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ فِي « الْفَاتِحِ » : وَعَنْهُ ، يَصِحُّ وَقْفُ الدَّرَاهِمِ ،

(١) سقط من : م .

مالك . وليس بصحيح ؛ لأن الوقف تحييس الأصل وتسبيل المنفعة ، وما لا يتنفع به إلا بالإنفاق لا يصح ذلك فيه . وقيل في الدراهم والدنانير : يصح وقفها . عند من أجاز إيجازها . ولا يصح ؛ لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن في العصب ، فلم يجز

فيتنفع بها في القرض ونحوه . اختاره شيخنا . يعنى به الشيخ تقي الدين . وقال في « الاختيارات » : ولو وقف الدراهم على المحتاجين ، لم يكن جواز هذا بعيدا . فائدتان ؛ إحداهما ، لو وقف قنديل ذهب ، أو فضة على مسجد ، لم يصح ، وهو باق على ملك ربّه ، فيزكّيه . على الصحيح من المذهب . وقيل : يصح ، فيكسر ويصرف في مصالحه . اختاره المصنف . قلت : وهذا هو الصواب . وقال الشيخ تقي الدين : لو وقف قنديل : نقد للنبي ، ﷺ ، صرف لجيرانه ، ﷺ ، قيمته . وقال في موضع آخر : النذر للقبور هو للمصالح ، ما لم يعلم ربّه ، وفي الكفارة الخلاف ، وإن من الحسن صرفه في نظيره من المشروع . ولو وقف فرسا بسرج ولجام مفضض ، صح . نص عليه تبعا . وعنه ، تباع الفضة ، وتصرف في وقف مثله . وعنه ، تنفق عليه . الثانية ، قال في « الفائق » : ويجوز وقف الماء . نص عليه . قال في « الفروع » : وفي « الجامع » ، يصح وقف الماء . قال الفضل : سأله عن وقف الماء ؟ فقال : إن كان شيئا استجازوه بينهم ، جاز . وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه . قال الحارثي : هذا النص يقتضي تصحيح الوقف لنفس الماء ، كما يفعل أهل دمشق ؛ يقف أحدهم حصّة أو بعضها من ماء النهر . وهو مشكل من وجهين ؛ أحدهما ، إثبات الوقف فيما لم يملكه بعد ، فإن الماء يتجدد شيئا فشيئا . الثاني ، ذهاب العين بالانتفاع . ولكن قد يقال : بقاء مادة الحصول من غير تأثير بالانتفاع . ينزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع .

الوقف له ، كوقف الشجر على نشر الثياب ، والعنم على دوس الطين ، والشمع ليُجمَل به . وكذلك ^(١) لا يصح وقف الشمع للإشعال ؛ لأنه يتلف بالانتفاع به ، فهو كالمأكول .

ويؤيد هذا صحة وقف البئر ، فإن الوقف وارد على مجموع الماء والحفيرة ، فالماء أصل في الوقف . وهو المقصود من البئر . ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال ؛ لتجدد بدله ، فهنا كذلك ، فيجوز وقف الماء كذلك . انتهى .

قوله : والمطعمم والرياحين . يعنى ، لا يصح وقفها . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقي الدين : لو تصدق بذهن على مسجد ليوقد فيه ، جاز ، وهو من باب الوقف ، وتسميته وقفاً ، بمعنى أنه وقف على تلك الجهة ، لا ينفع به في غيرها ، لا تأباه اللعة ، وهو جار في الشرع . وقال أيضاً : يصح وقف الرياح ليشمه أهل المسجد . قال : وطيب الكعبة حكمه حكم كسوتها . فعلم أن التطيب منفعة مقصودة ، لكن قد تطول مدة التطيب ، وقد تقصر ، ولا [٢٣٩/٢] أثر لذلك . قال الحارثي : وما يبقى أثره من الطيب ؛ كالند ، والصندل ، وقطع الكافور ، لشم المريض وغيره ، فيصح وقفه على ذلك ؛ لبقائه مع الانتفاع ، وقد صحت إجارته لذلك ، فصح وقفه . انتهى . وهذا ليس داخلاً في كلام المصنف ، والظاهر أن هذا من المتفق على صحته ؛ لوجود شروط الوقف فيه .

(١) في م : « لذلك » .

الثَّانِي ، أَن يَكُونَ عَلَى بَرٍّ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِرِ ، وَالْأَقَارِبِ ، مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ .

(الثاني ، أَن يَكُونَ عَلَى بَرٍّ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْمَسَاجِدِ ، وَالْقَنَاطِرِ ،
وَالْأَقَارِبِ مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ لَا
يَصِحُّ إِلَّا عَلَى بَرٍّ أَوْ مَعْرُوفٍ ؛ كَوَلَدِهِ^(١) وَأَقَارِبِهِ ، وَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِرِ ، وَكُتُبِ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ ، وَالْقُرْآنِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ،
وَسَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِصْلَاحِ الطَّرِيقِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْقُرْبِ . وَيَصِحُّ عَلَى أَهْلِ
الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، [٢١٥/٥] وَتَجُوزُ الصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ ،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ لَا يَنْهَكُكُمْ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ
يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾^(٢) . وَإِذَا جَازَتْ
الصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ جَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَرُوي أَنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النَّبِيِّ
ﷺ وَقَفَتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيٍّ^(٣) . وَلَأنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الذَّمِّيُّ
جَازَ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كَنَائِسَهُمْ
وَيَبْعُهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَغَيْرِهِمْ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
عَلَيْهِمْ لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

قوله : الثَّانِي ، أَن يَكُونَ عَلَى بَرٍّ - وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً ، نص

(١) في م : « لولده » .

(٢) سورة الممتحنة ٨ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عطية المسلم الكافر ووصيته له ، من كتاب أهل الكتاب . وفي : باب الميراث
لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ . وسعيد ، في : باب وصية الصبي ،
من كتاب الوصايا . السنن ١٢٨/١ . والبيهقي ، في : باب الوصية للكفار ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى
٢٨١/٦ .

عليه الإمام أحمد - كالمساكين ، والمساجد ، والقناطر ، والأقارب . وهذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وقيل : يصح الوقف على مباح أيضا . وقيل : يصح على مباح ومكروه . قال في « التلخيص » : وقيل : المشتراط أن لا يكون على جهة معصية ؛ سواء كان قربة وثوابا ، أو لم يكن . انتهى . فعلى هذا ، يصح الوقف على الأغنياء . فعلى المذهب ، اشتراط العزوبة باطل ؛ لأن الوصف ليس قربة ، ولتمييز الغنى عليه . وعلى هذا ، هل يلغو الوصف ويعم ، أو يلغو الوقف ، أو يفرق بين أن يقف ويشترط ، أو يذكر الوصف ابتداء ، فيلغى في الاشتراط ، ويصح الوقف ؟ يحتمل أوجهها . قاله في « الفائق » .

فائدتان ؛ إحداهما ، أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة ؛ لأنه بدعة ، وصححه ابن الزاغوني ، فيصرف لمصلحة . نقله ابن الصيرفي عنهما . وفي « فتاوى ابن الزاغوني » ، المعصية لا تنعقد . وأفتى أبو الخطاب بصحته ، ويتفق ثمنها على عمارته ولا يستر ؛ لأن الكعبة خصت بذلك ، كالطواف . الثانية ، يصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ ؛ لإخراج ترابها ، وإشعال قناديلها وإصلاحها ، لا لإشعالها وحده ، وتعليق ستورها الحرير ، والتعليق ، وكنس الحائط ، ونحو ذلك . ذكره في « الرعاية » .

قوله : مسلمين كانوا أو من أهل الذمة . يعنى ، إذا وقف على أقاربه من أهل الذمة ، صح . وهذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب قاطبة .

تبيين ؛ أحدهما ، قد يقال : مفهوم كلام المصنف ، أنه لا يصح الوقف على ذمى ، غير قرابته . وهذا أحد الوجهين ، وهو مفهوم كلام جماعة ؛ منهم صاحب « الوجيز » ، و « التلخيص » ، وقدمه في « الرعايتين » ، ومال إليه الزركشي .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَبُيُوتِ النَّارِ ، وَكِتَابَةِ التَّوْرَةِ
وَالْإِنْجِيلِ .

الشرح الكبير ٢٥٦١ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَبُيُوتِ النَّارِ)
وَالْبَيْعِ . (وَكُتِبَ التَّوْرَةُ وَالْإِنْجِيلُ) لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ

الإِنصاف وقيل : يَصِحُّ عَلَى الذِّمِّيِّ ، وَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا مِنَ الْوَاقِفِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ .
جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْمُتَنَخَّبِ » ، وَ « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَيَصِحُّ
عَلَى ذِمِّيٍّ مِنْ أَقَارِبِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، مِنْ مُعَيَّنٍ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ دُونَ
الْجِهَةِ . انْتَهَى . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ . وَأَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ فِي « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » . وَقَالَ الْحَلَوَانِيُّ : يَصِحُّ عَلَى الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَ فِي
« الْوَاضِحِ » صِحَّةَ الْوَقْفِ مِنْ ذِمِّيٍّ عَلَيْهِمْ دُونَ غَيْرِهِ . الثَّانِي ^(١) ، قَالَ الْحَارِثِيُّ :
قَالَ الْأَصْحَابُ : إِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ الْكَنَائِسَ ، وَالْبَيْعَ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ،
صَحَّ . قَالُوا : لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ لَا عَلَى الْبُقْعَةِ ، وَالصَّدَقَةُ عَلَيْهِمْ جَائِزَةٌ وَصَالِحَةٌ
لِلْقُرْبَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ
خَصَّ أَهْلَ الذِّمَّةِ ، فَوَقَفَ عَلَى الْمَارَّةِ مِنْهُمْ ، لَمْ يَصَحَّ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَفِي « الْمُتَنَخَّبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، يَصِحُّ عَلَى الْمَارَّةِ بِهَا مِنْهُمْ . يَعْنِي ، مِنْ أَهْلِ
الذِّمَّةِ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، فِي بِنَاءِ يَتَّيْسُكُنُهُ الْمُجْتَازُ مِنْهُمْ . وَلَمْ أَرِ مَا قَالَ
عَنْ صَاحِبِ « الرَّعَايَةِ » فِيهِمَا فِي مَطْنَتِهِ . بَلْ قَالَ : وَيَصِحُّ مِنْهَا عَلَى ذِمِّيٍّ بِيَمَا أَوْ
يَنْزِلُهَا ، أَوْ يَجْتَازُ ؛ رَاجِلًا ، أَوْ رَاكِبًا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ وَبُيُوتِ النَّارِ . وَكَذَا الْبَيْعُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « فَائِدَةٌ » .

الشرح الكبير

بُيِّنَتْ لِلْكَفْرِ ، وَكُتِبَتْهُمْ مُبَدَّلَةٌ مَنسُوخَةٌ ، وَلِذَلِكَ غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى عُمَرَ حِينَ رَأَى مَعَهُ صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوْرَةِ ، وَقَالَ : « أَفَبِي شَكُّ أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا يَبِضَاءَ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ أَخِي مُوسَى حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا اتِّبَاعِي » ^(١) . وَلَوْلَا أَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ . وَحُكْمُ الْوَقْفِ عَلَى قَنَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرْشِهَا وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَمَنْ يَعْمُرُهَا كَالْوَقْفِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لَتَعْظِيمِهَا . وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا وَمَاتُوا ، وَلَهُمْ أَبْنَاءُ نَصَارَى فَأَسْلَمُوا ، وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فَلَهُمْ أَخْذُهَا ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهُمْ حَتَّى يَسْتَخْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) : وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، لَا يَصِحُّ وَقْفُ الذَّمِّيِّ ، كَغَيْرِ

الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي الْكَنَائِسِ وَالْبَيْعِ . وَفِي « الْمُوجَزِ » رِوَايَةٌ ، يَصِحُّ عَلَى الْكَنِيسَةِ وَالْبَيْعَةِ كَارٌ بِهِمَا .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، الذَّمِّيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي عَدَمِ الصُّحَّةِ فِي ذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، فَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الذَّمِّيِّ عَلَى الْكَنَائِسِ وَالْبَيْعِ وَبُيُوتِ النَّارِ ، وَنَحْوِهِمْ ، وَلَا عَلَى مَصَالِحِ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، كَالْمُسْلِمِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَقَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَصَحَّحَ فِي « الْوَاضِحِ » وَقْفَ الذَّمِّيِّ عَلَى الْبَيْعَةِ

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/٣٨٧ . وَبَلَفَظَ آخِرَ أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَتَّقَى مِنْ تَفْسِيرِ حَدِيثِ النَّبِيِّ وَقَوْلِ غَيْرِهِ عِنْدَ قَوْلِهِ ﷺ ، مِنْ الْمَقْدَمَةِ ، سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١/١١٥ ، ١١٦ . وَانْظُرْ لِإِرْوَاءِ الْغُلِيلِ ٣٨ - ٣٤/٦ .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٨/٢٣٥ .

المُعِين . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ : إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عُقُودًا فَاسِدَةً ، وَتَقَابَضُوا ، ثُمَّ أَسْلَمُوا وَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا ، لَمْ نَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ ، فَكَيْفَ أُجْزِئْتُمْ الرُّجُوعَ فِيمَا وَقَفُوهُ عَلَى كُنَائِسِهِمْ ؟ قُلْنَا : الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ إِزَالَةُ مِلْكٍ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ صَحِيحًا ، لَمْ يَزَلِ الْمِلْكُ ، فَبَقِيَ^(١) بِحَالِهِ ، كَالْعَتَقِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ أَشْهَدَ فِي وَصِيَّتِهِ ، أَنَّ غُلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ ، ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ وَخَدَمَ سَنَةً ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، مَا عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هُوَ حُرٌّ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْغُلَامِ بِأَجْرِ خِدْمَتِهِ مَبْلَغَ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَرَوَى عَنْهُ ، قَالَ : [٢١٥/٥ ظ] هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِأُصُولِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ قَوْلَهُ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ . لَمْ يَكُنْ لَصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ^(٢) ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْتَقَهُ بِعَوْضٍ يَعْتَقِدَانِ صِحَّتَهُ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ الْعَوْضُ بِإِسْلَامِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ الذَّمِّيُّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ أَسْلَمَ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، كَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَوْضُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

وَالْكُنَيْسَةُ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي وَقْفِ الذَّمِّيِّ عَلَى الذَّمِّيِّ . الثَّانِيَةُ ، الْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : مِنْ كَافِرٍ . وَقَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » : لَوْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ عَلَى ذِمِّيَّةٍ ، لَزِمَهُ . وَذَكَرَ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « الوظيفة » .

وَلَا عَلَى حَرْبِي ، وَلَا مُرْتَدٌّ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٦٢ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ الْوَقْفُ (على حَرْبِي ، وَلَا مُرْتَدٌّ)
لأنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ ، تَجُوزُ إِزَالَتُهَا ، فَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُمْ أَوَّلَى ،
وَالْوَقْفُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ لَازِمًا ؛ لِأَنَّهُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ .

الإنصاف

« الْمَذْهَبِ » وَغَيْرِهِ ، يَصِحُّ لِلْكُلِّ ، وَذَكَرَهُ جَمَاعَةُ رِوَايَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي صِحَّتَهَا
بِخَصِيرٍ وَقَنَادِيلَ . قَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : إِنْ وَصَّى لِمَا لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفًا فِيهِ وَلَا بِرٍّ ؛ كَكَيْسَةِ
أَوْ كَتَبَ التَّوْرَةَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى ذِمِّيٍّ ، وَشَرَطَ
اسْتِحْقَاقَهُ مَا دَامَ كَذَلِكَ ، فَأُسْلِمَ ، اسْتَحَقَّ مَا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، وَلَعَى
الشَّرْطُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَ ابْنُ
عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » هَذَا الشَّرْطَ ، وَقَالَ : لِأَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى الذِّمَّةِ ^(١) مِنْ أَهْلِهِ دُونَ
الْمُسْلِمِ ، لَمْ لَا يَجُوزُ شَرْطُهُمْ حَالَ الْكُفْرِ ، وَأَيُّ فَرْقٍ ؟

قوله : وَلَا عَلَى حَرْبِي ، أَوْ مُرْتَدٌّ . هَذَا الْمَذْهَبُ [٢٤٠/٢] ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ ، وَأَكْثَرُهُمْ قَطَعَ بِهِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْمُعْنَى » ، وَ « الرُّعَايَةُ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ .
قَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، فِي كِتَابِ الْوَصَايَا : إِذَا أَوْصَى مُسْلِمٌ لِأَهْلِ قَرْبَتِهِ أَوْ قَرَابَتِهِ ،
لَمْ يَتَنَوَّلْ كَافِرَهُمْ إِلَّا بِتَسْمِيَّتِهِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَالْوَقْفُ كَالْوَصِيَّةِ فِي ذَلِكَ
كُلَّهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : فَصَحَّحَهُ عَلَى الْكَافِرِ الْقَرِيبِ وَالْمُعِينِ . قَالَ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ،
لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مُقَاتِلًا ، وَلَا مُخْرِجًا لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ دِيَارِهِمْ ، وَلَا مُظَاهِرًا
لِلْأَعْدَاءِ ^(٢) عَلَى الْإِخْرَاجِ . انْتَهَى . وَقَوَاهُ بِأَدْلَةٍ كَثِيرَةٍ .

(١) فِي ١ : « النَّمَى » . وَالذِّمَّةُ هُمُ الْمَعَاهِدُونَ ، مَفْرَدُهَا الذِّمَّةُ .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ ١ .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥٦٣ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ)
فَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَاسْتَثْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ . اخْتَلَفَتْ
الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى نَفْسِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ،
أَوْ عَلَى وَلَدِهِ ، فَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْ هَذَا ، فَقَالَ : لَا
أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ فِي سَبِيلِهِ ، فَإِذَا وَقَفَ عَلَيْهِ حَتَّى
يَمُوتَ ، فَلَا أَعْرِفُهُ . فَعَلِيَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ يَكُونُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ بَاطِلًا . وَهَلْ
يَنْطَلِقُ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِبْتِدَاءِ .
وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبَةِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، وَلَا يَجُوزُ
أَنْ يُمْلِكَ الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ مِنْ نَفْسِهِ ،
وَلِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى نَفْسِهِ إِنَّمَا حَاصِلُهُ مَنْعُ نَفْسِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَةِ الْمِلْكِ ،

الإنصاف

قوله : وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي « الْفُصُولِ » : هَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ .
قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا أَقْيَسُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، عَلَى
الْأَصَحِّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ،
وَالْمُصَنِّفِ . وَقَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيْرَازِيُّ فِي
« الْمُبْهَجِ » ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . نَقَلَ حَنْبَلٌ ، وَأَبُو طَالِبٍ ،
مَا سَمِعْتُ بِهَذَا ، وَلَا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ اللَّهُ تَعَالَى . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ
فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَ « الْحَاوِي »
الصَّغِيرِ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ،

الشرح الكبير

فلم يصح ذلك ، كما لو أفرده بأن يقول : لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه .
ونقل جماعة أن الوقف صحيح ، اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل :
وهي أصح . وهو قول ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبي يوسف ، وابن
سريج^(١) ؛ لما نذكره في المسألة بعدها ، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما
فيتنفع به ، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه . والأول أقيس .

الإنصاف

ويوسف بن موسى ، والفصل بن زياد . قال في « المذهب » ، و « مسبوك
الذهب » : صح في ظاهر المذهب . قال الحارثي : هذا هو الصحيح . قال أبو
المعالى في « النهاية » ، و « الخلاصة » : يصح على الأصح . قال الناطم : يجوز
على المنصور من نص أحمد . وصححه في « التصحيح » ، و « إدراك الغاية » .
قال في « الفائق » : وهو المختار . واختاره الشيخ تقي الدين ، ومال إليه صاحب
« التلخيص » . وجزم به في « المنور » ، و « منتخب الآدمي » . وقدمه في
« الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الهادي » ، و « الفائق » ، وغيرهم .
وقدمه المجد في مسودته على « الهداية » ، وقال : نص عليه . قال المصنف ،
وتبعه الشارح ، وصاحب « الفروع » : اختاره ابن أبي موسى . وقال ابن عقيل :
هي أصح . قلت : الذي رأيته في « الإرشاد » ، و « الفصول » ، ما ذكرته آنفا .
ولم يذكر المسألة في « التذكرة » ، فلعلهما اختاراه في غير ذلك ، لكن عبارته
في « الفصول » مؤهمة . قلت : وهذه الرواية عليها العمل في زماننا وقبله ، عند
حكامنا من أزمينة متطاولة . وهو الصواب ، وفيه مصلحة عظيمة ، وترغيب في
فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب . وأطلقهما في « المغني » ،
و « الكافي » ، و « المحرر » ، و « شرح ابن منجي » ، و « البلغة » ،

(١) في را ، م : « شرح » .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَتْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ .

فصل : وَمَنْ وَقَفَ وَقَفًا صَحِيحًا عَلَى إِنْسَانٍ ، فَقَدْ صَارَتْ مَنَافِعُهُ جَمِيعُهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَزَالَ مِلْكُهُ عَنِ الْوَاقِفِ ، وَمِلْكُ مَنَافِعِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَتَتَفَعَ بِشَيْءٍ مِنْهَا . فَأَمَّا إِنْ وَقَفَ شَيْئًا لِلْمُسْلِمِينَ ، دَخَلَ فِي جُمْلَتِهِمْ ؛ مِثْلَ أَنْ يَقِفَ مَسْجِدًا ، فَلَهُ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ ، أَوْ مَقْبَرَةً ، فَلَهُ الدَّفْنُ فِيهَا ، أَوْ بُرًّا لِلْمُسْلِمِينَ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنْهَا ، أَوْ سِقَايَةً ، أَوْ شَيْئًا يَعْهُمُ الْمُسْلِمِينَ ، فَيَكُونُ كَأَحَدِهِمْ . لَا نَعْلَمُ [٢١٦/٥] فِي ذَلِكَ خِلَافًا . وَقَدْ رَوَى عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ سَبَلَ بِعَرُ رُومَةَ ، وَكَانَ ذَلُّهُ فِيهَا كَدِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ ^(١) .

٢٥٦٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَتْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ

و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، هَلْ يَصِحُّ عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِبْدَاءِ ، عَلَى مَا يَأْتِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَيُحْسَنُ بِنَاؤُهُ عَلَى الْوَقْفِ الْمُعْلَقِ .

فائدة : إِذَا حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ ، حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ ، فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ يَنْفُذُ الْحُكْمُ ظَاهِرًا ، وَفِيهِ فِي الْبَاطِنِ الْخِلَافُ ، وَفِي « فَتَاوَى ابْنِ الصَّلَاحِ » ، إِذَا حَكَمَ بِهِ حَنْفِيٌّ ، وَأَنْفَذَهُ شَافِعِيٌّ ، لِلْوَقْفِ نَقْضُهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنِ الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِلَّا جَازَ نَقْضُهُ فِي الْبَاطِنِ فَقَطْ ، بِخِلَافِ صَلَاتِهِ فِي الْمَسْجِدِ وَحْدَهُ حَيَاتِهِ ؛ لِعَدَمِ الْقُرْبَةِ وَالْفَائِدَةِ فِيهِ ، ذَكَرَهَا ابْنُ شَهَابٍ وَغَيْرُهُ . قَوْلُهُ : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَاسْتَتْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ . هَذَا

(١) تقدم تخريجه في ٨٢/١١ . ويضاف إليه : ووصله البخاري ، في : باب إذا وقف أرضاً أو بئراً ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٥/٤ .

الشرح الكبير

حَيَاتِهِ ، صَحَّ) إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَلَى غَيْرِهِ ، وَشَرَطَ أَنْ يُتَّفَقَ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : أَشْتَرِطُ فِي الْوَقْفِ أَنِّي أَنْفِقُ عَلَى نَفْسِي وَأَهْلِي ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَاحْتَجَّ ، قَالَ : سَمِعْتُ ابْنَ عُيَيْنَةَ ، عَنْ ابْنِ طَاوُسٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ حُجْرِ الْمَدَرِيِّ ^(١) أَنَّ فِي صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . قَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ الْوَقْفُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهَا فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ . وَبِذَلِكَ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَالزُّبَيْرِيُّ ، وَابْنُ سُرَيْجٍ ، وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجْزِ اشْتِرَاطُ نَفْعِهِ لِنَفْسِهِ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، وَكَأَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَخْدِمَهُ ، وَلَأَنَّ مَا يُتَّفَقُ عَلَى نَفْسِهِ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُهُ ، كَأَلَوْ بَاعَ شَيْئًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَتَّفَعَ بِهِ . وَلَنَا ،

المذهب ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ اسْتَتْنَى الْأَكْلَ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، وَكَذَا لَوْ اسْتَتْنَى الْأَكْلَ وَالْإِنْتِفَاعَ لِأَهْلِهِ ، أَوْ يُطْعَمَ صَدِيقَهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَصِحُّ شَرْطُ غَلَّتِهِ لَهُ أَوْ لَوْلَدِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، فِي

(١) قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الْإِصَابَةِ ٢/٢٠٧ : أُرْسِلَ حَدِيثًا فَأَخْرَجَهُ بَقِيٌّ بْنُ مَخْلَدٍ فِي الصَّحَابَةِ ، وَهُوَ وَهْمٌ .

الخبر^(١) الذي ذكره الإمام أحمد ، ولأنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ ، قَالَ : لَا بَأْسَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ، غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ مِنْهُ^(٢) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلِأَنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَامًّا ؛ كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَسَوَاءٌ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ ، فَإِنَّ عُمَرَ لَمْ يُقَدِّرْ مَا يَأْكُلُهُ الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثٍ صَدَقَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، فَمَاتَ فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا .

المنصوص . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ لِأَوْلَادِهِ أَوْ لِبَعْضِهِمْ سُكْنَى الْوَقْفِ مُدَّةَ حَيَاتِهِمْ ، جَازَ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ ، إِذَا شَرَطَ الْإِنْتِفَاعَ لِأَهْلِهِ ، أَوْ شَرَطَ السُّكْنَى لِأَوْلَادِهِ أَوْ لِبَعْضِهِمْ . ذَكَرَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ اسْتَتْنَى الْإِنْتِفَاعَ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، فَقَالَ فِي « الْمُغْنَى »^(٣) : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا وَاسْتَتْنَى لِنَفْسِهِ السُّكْنَى مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْحَارِثِيُّ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، يَجُوزُ إِيجَارُهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، ثُمَّ اقْتَرَفَ ، أُبِيحَ لَهُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ

(١) فِي م : « أَنَّ الْخَبَرَ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٦٢ .

(٣) الْمُغْنَى ٨/١٩٢ .

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا أَهْلُهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ مَنْ وَلِيَهُ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ الَّتِي اسْتَأْمَرَ فِيهَا [٢١٦/٥ ط] رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَإِنْ وَلِيَهَا الْوَاقِفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ وَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَلِيَهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَلِيَهَا بَعْدَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ^(١) .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، بَطَلَ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ . لَا نَعْلَمُ فِي بُطْلَانِ الشَّرْطِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطَلِ الشَّرْطُ وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرْطٌ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَهُ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْعِتْقِ ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْهَبَةِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَهَهُنَا لَوْ ثَبَتَ الْخِيَارُ لَثَبَتَ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، فَافْتَرَقَا .

مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ . قَالَ فِي الْإِنْصَافِ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦١/٦ ، وَفِيهِ : « الْأَكْبَارُ مِنْ آلِ عُمَرَ » ، وَلَيْسَ : « عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ » .

فصل : وإن شَرَطَ في الوَقْفِ أن يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الوَقْفِ ،
وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ شَرَطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الوَقْفِ ،
فَأَفْسَدَهُ ، كما لو شَرَطَ أن لا يَنْتَفِعَ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ لِلنَّازِرِ أَنْ يُعْطَى مَنْ
يَشَاءُ مِنْ أَهْلِ الوَقْفِ ، وَيَمْنَعَ مَنْ يَشَاءُ ، جاز ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ ليس بِإِخْرَاجٍ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ اسْتِحْقَاقَ الوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ
جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الوَقْفِ إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ النَّازِرِ عَطِيَّتَهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا
إِذَا انْتَفَتَ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَهُ عَلَى الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ
وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَغَلَ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَغِلْ ، فَمَتَى تَرَكَ الْمُشْتَغِلُ
الاشْتِغَالَ ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ عُلوَّ دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ أَسْفَلِهَا ، أَوْ أَسْفَلَهَا دُونَ
عُلوِّهَا ، صَحَّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لَأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالدَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلِأَنَّهُ
تَصَرَّفَ يُزِيلُ الْمَلِكُ إِلَى مَنْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا
ذَكَرْنَا ، كَالْبَيْعِ . [٢١٧/٥]

فصل : فَإِنْ جَعَلَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا ، وَلَمْ يَذْكُرْ الْاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَ الْاسْتِطْرَاقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُبَيِّحُ
الانْتِفَاعَ ، مِنْ ضَرُورَتِهِ الْاسْتِطْرَاقُ ، فَصَحَّ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، كَمَا لَوْ أَجَرَ بَيْتًا
مِنْ دَارِهِ .

الإِنصَافُ « التَّلْخِيسُ » : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » : شَمِلَهُ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ »

الثَّالِثُ ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَجْهُولٍ ؛
كَرَجُلٍ [١٥٣ ط] وَمَسْجِدٍ ،

٢٥٦٥ - مسألة : (الثالث ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلَا يَصِحُّ
عَلَى مَجْهُولٍ ؛ كَرَجُلٍ ، وَمَسْجِدٍ) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ
الْوَقْفَ تَمْلِكُ لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْإِجَارَةِ .

الأُصُولِيَّةُ » ، و « الْفِقْهِيَّةُ » : يَدْخُلُ ، عَلَى الْأَصَحِّ ، فِي الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يُبَاحُ
لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « التَّلْخِصِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَالظَّاهِرُ
أَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ فِي دُخُولِهِ إِذَا افْتَقَرَ ، عَلَى قَوْلِنَا بِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى النَّفْسِ يَصِحُّ .
وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ ، إِذَا افْتَقَرَ جَزْمًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَنَاولُ
بِالْخُصُوصِ [٢٤٠/٢ ط] ، فَلَا يُتَنَاولُ بِالْعُمُومِ بِطَرِيقِ الْأُولَى . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ دَارَهُ
مَسْجِدًا ، أَوْ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً ، أَوْ بَيْتَهُ ؛ لِيَسْتَقِيَ مِنْهَا الْمُسْلِمُونَ ، أَوْ بَنَى مَدْرَسَةً لِلْعُمُومِ
الْفُقَهَاءِ أَوْ لَطَائِفِهِ مِنْهُمْ ، أَوْ رِبَاطًا لِلصُّوفِيَّةِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَعُمُّ ، فَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ
كَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ .

قوله : الثَّالِثُ ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَجْهُولٍ ؛ كَرَجُلٍ ،
وَمَسْجِدٍ . بِلَا نِزَاعٍ . وَكَذَا لَا يَصِحُّ لَوْ كَانَ مُبْهَمًا ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ :
يَصِحُّ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » اِحْتِمَالًا . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، إِنْ قُلْنَا : لَا يَفْتَقِرُ الْوَقْفُ
إِلَى قَبُولٍ . مُخَرَّجٌ مِنْ وَقْفٍ إِحْدَى الدَّارَيْنِ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « التَّلْخِصِ » . فَعَلَى
الصَّحَّةِ ، يَخْرُجُ الْمُبْهَمُ بِالْقَرْعَةِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . قُلْتُ : وَهُوَ مُرَادُ مَنْ
يَقُولُ بِذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهُ فِيمَا إِذَا وَقَفَ أَحَدُ هَذَيْنِ .

المقنع وَلَا عَلَى حَيَوَانٍ لَا يَمْلِكُ ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالْمَلِكِ ،
وَالْبَهِيمَةِ .

الشرح الكبير

٢٥٦٦ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (على حيوانٍ لا يملك ؛ كالعبد)
القن ، وأُمُّ الْوَلَدِ ، والمُدَبِّر ، والمَيِّت (والحمل ، والمَلِك ، والبهيمة)
والجن . قال أحمدُ في مَنْ وَقَفَ على مَمَالِيكِهِ : لا يَصِحُّ الْوَقْفُ حَتَّى
يُعْتَقَهُمْ . وذلك لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلا يَصِحُّ على مَنْ لا يملك . فَإِنْ
قِيلَ : فَقَدْ جَوُزْتُمُ الْوَقْفَ على الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وَهِيَ لَا
تَمْلِكُ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هُنَاكَ على الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عُيِّنَ فِي نَفْعٍ خَاصٍّ

الإنصاف

قوله : وَلَا عَلَى حَيَوَانٍ لَا يَمْلِكُ ، كَالْعَبْدِ . لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على الْعَبْدِ ، على
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ مُطْلَقًا ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ
مِنْهُمْ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » : الْأَكْثَرُونَ على أَنَّهُ لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على الْعَبْدِ ،
على الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لَضَعْفِ مِلْكِهِ . وَجُزِمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ
هُنَا ، حَيْثُ اشْتَرَطَ لِعَدَمِ الصَّحَّةِ عَدَمَ الْمِلْكِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَيَكُونُ
لَسَيِّدِهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ الْوَقْفُ^(١) عَلَيْهِ ؛ سَوَاءً قُلْنَا : يَمْلِكُ . أَوْ لَا . وَيَكُونُ
لَسَيِّدِهِ . وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يَصِحُّ الْوَقْفُ على أُمِّ الْوَلَدِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ،
وعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ الصَّحَّةَ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَصِحُّ الْوَقْفُ
على أُمِّ وَلَدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ وَقَفَ على غَيْرِهَا ، على أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ
يَكُونَ الرَّيْعُ لَهَا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ ؛ فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ الْمَنْفَعَةِ لِأُمِّ وَلَدِهِ كَاسْتِثْنَائِهَا لِنَفْسِهِ .

(١) زيادة من : أ .

لهم . فَإِنْ قِيلَ : فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَالْوَقْفُ عَلَيْهِمْ جَائِزٌ . قُلْنَا : عَلَى الْجِهَةِ الَّتِي عُيِّنَ صَرْفُ الْوَقْفِ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يَزِيدُادُونَ بِهَا عِقَابًا وَإِثْمًا ،

وَأَنْ وَقَفَ عَلَيْهَا مُطْلَقًا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ صَحَّحْنَا الْوَقْفَ عَلَى النَّفْسِ ، صَحَّ . لِأَنَّ مِلْكَ أُمِّ وَلَدِهِ أَكْثَرُ مَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مِلْكِهِ . وَإِنْ لَمْ نَصَحِّحْهُ ، فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ : هُوَ كَالْوَقْفِ عَلَى الْعَبْدِ الْقَيْنِ . وَيَتَوَجَّهُ الْفَرْقُ بَأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَمْلِكُ بِحَالٍ . وَفِيهِ نَظَرٌ . وَقَدْ يُخْرَجُ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ بِالتَّمْلِيكِ ؛ فَإِنَّ هَذَا نَوْعُ تَمْلِيكِ لِأُمِّ وَلَدِهِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْقَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يُخْرَجُ عَنْ مِلْكِهِ ، فَيَكُونُ مِلْكًا لِعَبْدٍ غَيْرِهِ . وَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ ، فَقَدْ تُخْرَجُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى مَسْأَلَةِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى أُمِّ الْوَلَدِ يَعْمُ حَالَ رِقِّهَا وَعِتْقِهَا ، فَإِذَا لَمْ يَصِحَّ فِي إِحْدَى الْحَالَيْنِ ، خُرِّجَ فِي الْحَالِ الْأُخْرَى وَجْهَانِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْوَقْفَ الْمُتَفَطِّعَ الْإِبْتِدَاءِ يَصِحُّ . فَيَجِبُ أَنْ يُقَالَ ذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . فَهَذَا كَذَلِكَ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمَكَاتِبِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . وَيَحْتَمِلُهُ مَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَقَدْ يَشْمَلُهُ قَوْلُهُ : أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَالْحَمْلُ . يَعْنِي ، لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ^(١) . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ

(١) زيادة من : ١ .

بخلاف المساجد . فإن قيل : فلم لا يصح الوقف على العبد إذا قلنا : إنه يملك بالتملك ؟ قلنا : لأن الوقف يقتضي تحييس الأصل ، والعبد لا يملك ملكاً لازماً . ولا يصح على المكاتب وإن كان يملك ؛ لأن ملكه غير مستقر .

جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير ؛ منهم ابن حمدان ، وصاحب « الفائق » ، و « الوجيز » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، وغيرهم . وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل ابتداءً ، واختاره الحارثي . قال في « الفروع » : ولا يصح على حمل ؛ بناءً على أنه تملك إذن ، وأنه لا يملك . وفيهما نزاع .

تنبيه : إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل ، يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في الوقف . أما إذا كان تبعاً ؛ بأن وقف على أولاده ، أو أولاد فلان ، وفيهم حمل ، أو انتقل إلى بطن ، وفيهم حمل ، فيصح بلا نزاع ، لكن لا يشار إليهم قبل ولادته . على الصحيح من المذهب ، نص عليه . قال في « القاعدة الرابعة والثمانين » : هو قول القاضي ، والأكثرين . وجزم به الحارثي وغيره . وقال ابن عقيل : يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً ، حتى صحح الوقف على الحمل ابتداءً ، كما تقدم . وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً .

فائدة : لو قال : وقفت على من سيولد لي . أو : من سيولد لفلان . لم يصح . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به القاضي في « خلافه » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وصححه المصنف في

الرَّابِعُ ، أَنْ يَقِفَ نَاجِزًا ، فَإِنْ عُلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، إِلَّا أَنْ الْمُنْعَ يَقُولَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فَيَصِحَّ فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَصِحُّ .

٢٥٦٧ - مسألة : (الرابع ، أن يَقِفَ نَاجِزًا ، فإذا عُلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لم يَصِحَّ ، إِلَّا أن يَقُولَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فَيَصِحَّ فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وعند أبي الخطَّابِ ، لا يَصِحُّ) لا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ اِبْتِدَاءِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَدَارِي وَقَفْتُ - أَوْ - فَرَسِي حَبِيسٌ - أَوْ - إِذَا وُلِدَ لِي وَلَدٌ - أَوْ - إِذَا قَدِمَ غَائِبٌ . ونحو ذلك . ولا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمَلِكِ فِيمَا لَمْ يُتَيْنِ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، كَالِهَبَةِ .

« الْمُعْنَى » وغيره . وذكره الْمُصَنِّفُ فِي مَسْأَلَةِ الْوَصِيَّةِ لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ . الإِنْصَافُ وقال المَجْدُ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، صِحَّتُهُ . وَرَدَّهُ ابْنُ رَجَبٍ .

قوله : وَابْتِهَامُهُ . يَعْنِي ، لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ الصَّحَّةَ ، وَقَالَ : وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدِي . كَمَا فِي الْوَقْفِ عَلَى الْقَنْطَرَةِ ، وَالسَّقَايَةِ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهَا .

قوله : الرَّابِعُ ، أَنْ يَقِفَ نَاجِزًا ، فَإِنْ عُلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . [٢٤١/٢] . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِحِ » ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : الصَّحَّةُ أَظْهَرُ . وَنَصَرَهُ . وَقَالَ ابْنُ حَمْدَانَ ، مِنْ عِنْدِهِ : إِنْ قِيلَ : الْمَلِكُ لِلَّهِ تَعَالَى . صَحَّ التَّعْلِيْقُ ، وَإِلَّا فَلَا .

فصل : فأما إذا قال : هو وَقَفَ بعدَ مَوْتِي . فظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ
أنَّهُ يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، كسائرِ الوصايا . وهو ظاهرُ كلامِ أحمد .
وقال القاضي : لا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ تعليقَ للوقوفِ على شرطٍ ، فلم يَصِحَّ ،
كما لو علَّقه على شرطٍ في حياته . وحمل [٢١٧/٥ ظ] كلامَ الخِرَقِيِّ على أنَّه
قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِي . فيكونُ وصيةً بالوقوفِ لا إيقافاً . ولنا على صحةِ
الوقوفِ المُعلَّقِ بالموتِ ، ما احتجَّ به أحمدُ ، أنَّ عُمَرَ أَوْصَى ، فكان في
وصيته : هذا ما أَوْصَى به عبدُ الله عُمَرُ أميرُ المؤمنين إن حَدَثَ به حَدَثٌ ،
أَنْ تُمَعَّا^(١) صَدَقَةً ، والعبدُ الذي فيه ، والسَّهْمُ الذي بخَيْرٍ ، ورقيقه الذي

قوله : إِلَّا أَنْ يَقُولَ : هو وَقَفَ مِنْ بعدِ مَوْتِي ، فيَصِحُّ في قولِ الخِرَقِيِّ . وهو
 المذهبُ . اختاره أبو الخطابِ في « خِلافه الصَّغِيرِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشارحُ ،
 والحرثِيُّ ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وصاحبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم . قال المُصَنِّفُ ،
 والشارحُ : وهو ظاهرُ كلامِ أحمد . وجزم به في « الكافي » ، و « الخلاصة » ،
 و « المنور » ، و « مُنتخبِ الأَرْجِي » ، وغيرِهم . وقَدَّمه في « المُحرَّرِ » ،
 و « الفروع » ، و « النِّظْمِ » ، وغيرِهم . قال في « القَوَاعِدِ » : وهو أصحُّ ؛
 لأنَّها وصيةٌ ، والوصايا تقبَلُ التَّعلِيقَ . وقال أبو الخطابِ في « الهداية » : لا يَصِحُّ .
 واختاره ابنُ البَنَّا ، والقاضي ، وحمل كلامَ الخِرَقِيِّ على أنَّه قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِي .
 فيكونُ وصيةً بالوقوفِ . وأُطْلِقَهما في « المُذْهَبِ » . فعلى المذهبِ ، يُعْتَبَرُ مِنَ
 الثُّلُثِ .

(١) ثَمَغ : أرض تلقاء المدينة كانت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه .

فيه ، والمائة وَسَقِيَ الذِي أَطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ لِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لَا يُبَاغُ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ ؛ يَرَى مِنْ لِسَائِلِ ، وَالْمَحْرُومِ ، وَذَوَى الْقُرْبَى ، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ

فوائد ؛ منها ، قال الحارثيُّ : كَلَامُ الْأَصْحَابِ يَقْتَضِي أَنَّ الْوَقْفَ الْمُعَلَّقَ عَلَى الْمَوْتِ ، أَوْ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، لَا يَقَعُ لَازِمًا قَبْلَ وُجُودِ الْمُعَلَّقِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا هُوَ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ ، فِي قَوْلِهِمْ ، لَا تَلْزَمُ قَبْلَ الْمَوْتِ ، وَالْمُعَلَّقُ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ فِي مَعْنَاهَا ، فَيُثْبِتُ فِيهِ مِثْلُ حُكْمِهَا فِي ذَلِكَ . قَالَ : وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمُعَلَّقِ عَلَى الْمَوْتِ ، هُوَ اللَّزُومُ . قَالَ الْمِمْوْنِيُّ فِي « كِتَابِهِ » : سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ يُوقِفُ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ ، أَوْ عَلَى الْمَسَاكِينِ بَعْدَهُ ، فَاحْتَاجَ إِلَيْهَا ، أَيْبَعُ عَلَى قِصَّةِ الْمُدَبِّرِ ؟ فَأَبْتَدَأَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بِالكَرَاهَةِ لِذَلِكَ ، فَقَالَ : الْوُقُوفُ إِنَّمَا كَانَتْ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، عَلَى أَنْ لَا يَبِيعُوا وَلَا يَهْبُوا . قُلْتُ : فَمَنْ شَبَّهَهُ وَتَأَوَّلَ الْمُدَبِّرَ عَلَيْهِ ، وَالْمُدَبِّرُ قَدْ يَأْتِي عَلَيْهِ وَقْتُ يَكُونُ فِيهِ حُرًّا ، وَالْمَوْقُوفُ إِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ وَقَفَهُ بَعْدَهُ ، وَهُوَ مِلْكُ السَّاعَةِ ؟ قَالَ لِي : إِذَا كَانَ يَتَأَوَّلُ . قَالَ الْمِمْوْنِيُّ : وَإِنَّمَا نَظَرْتُهُ بِهَذَا ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْمُدَبِّرِ : لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ مِلْكُ السَّاعَةِ ، وَهَذَا شَيْءٌ قَدْ وَقَفَهُ عَلَى قَوْمٍ مَسَاكِينٍ ، فَكَيْفَ يُحَدِّثُ بِهِ شَيْئًا ؟ فَقُلْتُ : هَكَذَا الْوُقُوفُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَيْءٌ ، السَّاعَةُ هُوَ مِلْكُ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّ بَعْدَ الْوَفَاةِ ، كَمَا أَنَّ الْمُدَبِّرَ السَّاعَةُ لَيْسَ بِحُرٍّ ، ثُمَّ يَأْتِي عَلَيْهِ وَقْتُ يَكُونُ فِيهِ حُرًّا . انْتَهَى . فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْوَقْفِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْفَرْقُ عَسِيرٌ جَدًّا . وَتَابَعَ فِي « التَّلْخِصِ » الْمَنْصُوصِ ، فَقَالَ : أَحْكَامُ الْوَقْفِ خَمْسَةٌ ؛ مِنْهَا ، لَزُومُهُ فِي الْحَالِ ؛ أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الْوَصِيَّةِ ، أَمْ لَمْ يُخْرِجْهُ ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَنْقَطِعُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . وَشِخْنَا ،

أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) بَنَحْوِ مِنْ هَذَا . وَهَذَا نَصٌّ فِي مَسْأَلَتِنَا ، وَوَقْفُهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكَرْ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ ، كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ . أَوْ نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعَلَّقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأُشْبِهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَفَارَقَ هَذَا التَّعْلِيقَ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ الصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوْ الْهَبَةِ ، وَغَيْرِهِمَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ

رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي حَوَاشِي « الْمُحَرَّرِ » لَمَّا لَمْ يَطْلُعْ عَلَى نَصِّ أَحْمَدَ ، رَدَّ كَلَامَ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » وَتَأَوَّلَهُ ؛ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ لَيْسَ فِيهَا مَثْقُولٌ ، مَعَ أَنَّهُ وَافَقَ الْحَارِثِيُّ عَلَى أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، لَا يَقَعُ الْوَقْفُ ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ ، لَا زِمًا . قُلْتُ : كَلَامُهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » يُشْعِرُ أَنَّ فِيهِ خِلَافًا ؛ هَلْ هُوَ لَازِمٌ ، أَمْ لَا ؟ قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّمَانِينَ » ، فِي تَبِيعَةِ الْوَلَدِ . وَمِنْهَا ، الْمُعَلَّقُ وَقْفُهَا بِالْمَوْتِ ، إِنْ قُلْنَا : هُوَ لَازِمٌ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . انْتَهَى . فَظَاهِرُ قَوْلِهِ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ لَازِمٌ . يُشْعِرُ بِالْخِلَافِ . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يَبِيعَهُ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ مَتَى شَاءَ ، بَطَلَ الشَّرْطُ وَالْوَقْفُ ، فِي أَحَدِ الْأَوْجُهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ^(٢) : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَقِيلَ : يَبْطُلُ الشَّرْطُ دُونَ الْوَقْفِ ، وَهُوَ تَخْرِيجٌ مِنَ الْبَيْعِ . وَمَا هُوَ بِبَعِيدٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَصِحُّ

(١) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَوْقِفُ الْوَقْفَ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢ / ١٠٥ .

(٢) الْمُغْنَى ٨ / ١٩٢ .

فَصْلٌ : وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، المقنع

الشرح الكبير مِنْ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ، وَلِلْمَجْهُولِ وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذَا يَبِينُ فُسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشَّرْطِ . وَسَوَى الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَ تَعْلِيلِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَعْلِيلِهِ بِشَرْطِ فِي الْحَيَاةِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا .

فصل : (وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه

الإينصاف فِي الْكُلِّ . نَقَلَهُ عَنْهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَخُرُجُ فُسَادِ الشَّرْطِ وَحْدَهُ مِنَ الْبَيْعِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ أَشْبَهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ شَرَطَ الْبَيْعَ عِنْدَ خَرَابِهِ ، وَصَرَفَ الثَّمَنَ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ شَرَطَهُ لِلْمُتَوَلَّى بَعْدَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَغَيْرُهُمْ : يَنْطُلُ الْوَقْفُ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِصَحَّةِ الْوَقْفِ وَإِلْغَاءِ الشَّرْطِ . ذَكَرَ ذَلِكَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَشَرَطُ بَيْعِهِ إِذَا خَرِبَ ، فَاسِدٌ فِي الْمَنْصُوصِ . نَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ ضَرُورَةٌ وَمَنْفَعَةٌ لَهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ عَلَى تَعْلِيلِهِ ، لَوْ شَرَطَ عَدَمَهُ عِنْدَ تَعْطِيلِهِ . وَقِيلَ : الشَّرْطُ صَحِيحٌ .

قوله : وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه وَجْهَانِ . إِذَا وَقَفَ وَقَفًا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ النَّاطِمُ اخْتِمَالًا ، أَنَّ نَائِبَ الْإِمَامِ يَقْبَلُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ آدَمِيًّا مُعَيَّنًا ، زَادَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، أَوْ جَمْعًا مَحْضُورًا ،

فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ، وَكَانَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، يُضَرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ يَعْرِفُ انْقِرَاضَهُ ؛ كَرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، ضُرِفَ إِلَى مَضْرَفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ ، ثُمَّ يُضَرَفُ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ .

وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُشْتَرَطُ . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ، وَصَارَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، يُضَرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُشْتَرَطُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعَيْ الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالنَّوْعِ الْآخَرِ ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ قَبُولٌ ، كَالْعَتَقِ . وَالثَّانِي ، يُشْتَرَطُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ،

[٢٤١/٢ ط] فَهَلْ يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ ، أَمْ لَا يُشْتَرَطُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . أَطْلَقَهُمَا الْمُصَنِّفُ هُنَا ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُشْتَرَطُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا أَوَّلَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا أَقْوَى . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : لَا يُشْتَرَطُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،

فكان من شَرْطِهِ الْقَبُولُ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُهُ [٢١٨/٥] أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا كَانَتْ لَأَدَمَى مُعَيَّنٍ ، وَقَفَتْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ لغير مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، كَذَا هُنَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَخْتَصُّ الْمُعَيَّنَ ، بَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ مَنْ يَأْتِي مِنَ الْبُطُونِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، فَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى جَمِيعِهِمْ ، إِلَّا أَنَّهُ مُرْتَبٌّ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ الَّذِي لَا يَنْطَلُ بِرَدٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلَا يَقِفُ عَلَى قَبُولِهِ ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْمُعَيَّنِ بِخِلَافِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِذَا قُلْنَا : لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ . لَمْ يَنْطَلُ بِالرَّدِّ ، كَالْعِتْقِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ . فَرَدَّهُ ، بَطُلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ . وَصَارَ كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ الْإِتْدَاءِ ، يُخْرَجُ فِي صِحَّتِهِ فِي حَقِّ مَنْ سِوَاهُ وَبُطْلَانِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

و « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُشْتَرَطُ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » : الْإِنْصَافُ يُشْتَرَطُ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ النَّازِمُ : هَذَا أَقْوَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مَنْجَى » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَخَذَ الرَّيْعَ قَبُولٌ .

تَبَيَّنَ : أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَحْكِي الْخِلَافَ مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ . وَقَالَ ابْنُ مَنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، بَعْدَ تَغْلِيلِ الْوَجْهَيْنِ : وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَنْبَنِيَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ ، هَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، أَمْ لَا ؟ فَإِنْ قِيلَ بِالِانْتِقَالِ ، قِيلَ بِاشْتِرَاطِ الْقَبُولِ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبَنَاهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ عَلَى ذَلِكَ ، قَالَ فِي

فصل : إِذَا وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، فَهُوَ وَقَفٌ مُتَقَطِعٌ
 الْإِبْتِدَاءِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى عَبْدِهِ ، أَوْ أُمِّ وَلَدِهِ ، أَوْ مَجْهُولٍ ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ
 لَهُ مَا لَا فَالْوَقْفُ بَاطِلٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَعَلَ لَهُ مَا لَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ؛
 لِأَنَّهُ أَخْلَى بِأَحَدِ شَرْطَيْ الْوَقْفِ ، فَبَطَلَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ مَا لَا يَجُوزُ وَقْفَهُ .
 وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَمَنْ يَقِفُ عَلَى عَبْدِهِ ثُمَّ عَلَى
 الْمَسَاكِينِ ، فَفِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلِلشَّافِعِيِّ
 قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ . فَإِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَكَانَ مَنْ
 لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ؛ كَالْمَيْتِ ، وَالْمَجْهُولِ ،

« الرَّعَايَتَيْنِ » : قُلْتُ : إِنْ قُلْنَا : هُوَ اللَّهُ . لَمْ يُعْتَبَرِ الْقَبُولُ ، وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ لِلْمُعَيَّنِ ،
 وَالْجَمْعِ الْمَحْضُورِ . اعْتَبِرَ فِيهِ الْقَبُولُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِي ذَلِكَ نَظَرٌ ؛ فَإِنَّ الْقَبُولَ
 إِنْ أُبْطِلَ بِالتَّمْلِيكِ ، فَالْوَقْفُ لَا يَخْلُو مِنْ تَمْلِيكِ ؛ سِوَاءٍ قِيلَ بِالِامْتِنَاعِ أَوْ عَدَمِهِ .
 انْتَهَى . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْخِلَافَ عَلَى الْقَوْلِ بِالِانْتِقَالِ ؛ إِذَا لَزَعَ بَيْنَ
 الْأَصْحَابِ أَنَّ الْإِنْتِقَالَ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ هُوَ الْمَذْهَبُ ، مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمُخْتَارِ
 هُنَا . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَا يُبْطَلُ بَرَدُهُ ، فَرَدُّهُ وَقَبُولُهُ وَعَدَمُهُمَا وَاحِدٌ ، كَالْعِنَقِ . جَزَمَ
 بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَالَ أَبُو الْمَعَالِي فِي « النَّهَايَةِ » : إِنَّهُ يَرْتَدُّ
 بَرَدُهُ ، كَالْوَكِيلِ إِذَا رَدَّ الْوَكَالَهَ ، وَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ لَهَا الْقَبُولُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا
 أَصَحُّ . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالِاشْتِرَاطِ ، قَالَ الْحَارِثِيُّ : يُشْتَرَطُ اتِّصَالُ الْقَبُولِ بِالِإِجَابِ ،
 فَإِنْ تَرَاخَى عَنْهُ ، بَطَلَ ، كَمَا يُبْطَلُ فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ . وَعَلَّاهُ ، ثُمَّ قَالَ : وَإِذَا عَلِمَ هَذَا ،
 فَيَتَفَرَّغُ عَلَيْهِ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ مِنَ الْمُسْتَحَقِّ الثَّانِي والثَّالِثِ ، وَمَنْ بَعْدُ ؛ لِتَرَاخِي
 اسْتِحْقَاقِهِمْ عَنِ الْإِجَابِ ، ذَكَرَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . قَالَ : وَهَذَا يُشْكَلُ بِقَبُولِ
 الْوَصِيَّةِ مُتَرَاخِيًا عَنِ الْإِجَابِ . انْتَهَى . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إِذَا اشْتَرَطَ الْقَبُولُ

الشرح الكبير

والكنائس ، صُرِفَ في الحالِ إلى مَنْ يجوزُ الوقْفُ عليه ؛ لأنَّنا لَمَّا صَحَّحْنَا الوقْفَ مع ذِكْرِ ما لا يجوزُ الوقْفُ عليه ، فقد أَلْغَيْنَاهُ ؛ لتَعَدُّرِ التَّصْحِيحِ مع اِغْتِبَارِهِ ، وإنْ كانَ مَنْ لا يجوزُ الوقْفُ عليه يُمكنُ اِغْتِبَارُ اِنْقِرَاضِهِ ؛ كَأَمِّ وَلَدِهِ ، وَعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، فَكَذَلِكَ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُصْرَفُ في الحالِ (إلى مَصْرِفِ الوقْفِ الْمُنْقَطِعِ ، إلى أنْ يَنْقَرِضَ) مَنْ لا يجوزُ الوقْفُ عليه ، فَإِذَا اِنْقَرَضَ صُرِفَ إلى مَنْ يجوزُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ الواقِفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا على مَنْ يجوزُ بِشَرَطِ اِنْقِرَاضِ هذا ، فلا يَثْبُتُ بِدُونِهِ ، ويُفَارِقُ ما لا يُمكنُ اِغْتِبَارُ اِنْقِرَاضِهِ ؛ لتَعَدُّرِ اِغْتِبَارِهِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ .

الإنصاف

على الْمُعَيَّنِ ، فلا يَنْبَغِي أنْ يُشْتَرَطَ الْمَجْلِسُ ، بَلْ يَلْحَقُ بِالْوَصِيَّةِ وَالْوَكَّالَةِ ، فيَصِحُّ ؛ مُعْجَلًا وَمُؤَجَّلًا ، بالقَوْلِ والفِعْلِ ، فَأَخَذَ رِيعَهُ قَبُولُ . وقَطَعَ ، واختَارَ في « القَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْخَمْسِينَ » ، أنْ تَصْرَفَ الْمَوْقُوفُ عليه الْمُعَيَّنِ ، يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ بالقَوْلِ .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ في حَقِّهِ ، دُونَ مَنْ بَعْدَهُ . هذا مُفَرَّغٌ على الْقَوْلِ بِاشْتِرَاطِ الْقَبُولِ . فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، أَنَّهُ كَالْمُنْقَطِعِ الْاِبْتِدَاءِ ، على مَا يَأْتِي بَعْدَ ذَلِكَ ، فَيَأْتِي فِيهِ وَجْهٌ بِالْبُطْلَانِ ، وهذا ، أَعْنَى كَوْنِهِ كَالْمُنْقَطِعِ الْاِبْتِدَاءِ ، أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يَصِحُّ هذا ، وإنْ لَمْ تُصَحَّحْ في الوقْفِ الْمُنْقَطِعِ . وهو الصَّحِيحُ . قال في « الْفُرُوعِ » : وهو أَصَحُّ ؛ كَتَعَدُّرِ اسْتِحْقَاقِهِ لِقَوْتِ وَصْفٍ فِيهِ . قال الْحَارِثِيُّ : هذا الصَّحِيحُ . فعلى هذا ، يَصِحُّ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ليس كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ الْاِبْتِدَاءِ ،

فصل : فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط ، كمن وقف على ولده ، [٢١٨/٥] ثم على عبده ، ثم على المساكين ، خرج في صحة الوقف وجهان ، بناءً^(١) على ما نذكره في الوقف المنقطع الانتهاء . ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه ، فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألغناه ، إذا قلنا بالصحة ، وإن أمكن اعتبار انقراضه ، فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين ، كما تقدم . فإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط ، كمن وقف على عبده ، ثم على أولاده ، ثم على الكنيسته ، خرج في صحته أيضًا وجهان ، ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه إلى مصرف الوقف المنقطع .

الإصناف بل الوقف هنا صحيح ، قولًا واحدًا .

قوله : وكان كالووقف على من لا يجوز ، ثم على من يجوز . هذا الوقف المنقطع الابتداء . وهو صحيح ، على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . قال الحارثي : جزم به أكثر الأصحاب . وبناءه في « المعنى » ، ومن تابعه ، على تفريق الصفة ؛ فأجرى وجهًا بالبطالان . قال : وفيه بعد . فعلى المذهب ، يُصرف في الحال إلى من بعده ، كما قال المصنف . وهذا الصحيح من المذهب . قال الحارثي : وهو الأقوى . وقدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » .

وفيه وجه آخر ، أنه إن كان من لا يجوز الوقف عليه يُعرف انقراضه ، كرجل معين ، صرف إلى مصرف الوقف المنقطع ، يعني المنقطع الانتهاء ، على ما يأتي . صرح به الحارثي ، إلى أن ينقض ، ثم يُصرف إلى من بعده . واختاره ابن

(١) سقط من : م .

وَأِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ^{المقنع} ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ، أَنْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقَفًّا عَلَيْهِمْ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَتِهِ . وَهَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فَقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَكُونُ [١٥٤] وَقَفًّا عَلَى الْمَسَاكِينِ .

٢٥٦٨ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، أَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ، أَنْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقَفًّا عَلَيْهِمْ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَتِهِ . وَهَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فَقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَكُونُ وَقَفًّا عَلَى الْمَسَاكِينِ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَقْفَ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِي صِحَّتِهِ عِنْدَ

عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي ، وَقَالَ : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُصْرَفُ إِلَى أَقَارِبِ الْإِنْصَافِ الْوَاقِفِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَنْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقَفًّا عَلَيْهِمْ فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . فَعَلِيهَا ، يُقَسَّمُ عَلَى قَدَرِ إِرْثِهِمْ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : قَالَه الْأَصْحَابُ . قَالَ الْقَاضِي : فَلِلْبَنَتِ مَعَ الْابْنِ الثُّلُثُ ،

القائلين بصحة الوقف ، ما كان معلوم الابتداء والانتهاء ، غير منقطع ، مثل أن يجعل على المساكين ، أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم . وإن كان غير^(١) معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ، ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة ، فهو صحيح أيضًا . وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعي في أحد قوليه . وقال^(٢) (أبو حنيفة ، و^٣ محمد بن الحسن : لا يصح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الوقف مقتضاه التأييد ، فإذا كان منقطعًا صار وقفًا على مجهول ، فلم يصح ، كما لو وقف على مجهول في الابتداء . ولنا ، أنه تصرف معلوم المصرف ، فصح ، كما لو صرح بمصرفه المتصل ، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف ، حمل عليه ، كنفذ البلد ، وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به ، فكأنه عينهم . إذا ثبت هذا ، فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف . وبه قال الشافعي ، إلا أنه قال : يكون وقفًا على أقرب الناس إلى الواقف ، الذكر والأنثى فيه سواء .

وله الباقي ، [٢٤٢/٢ و] وللأخ من الأم مع الأخ للأب السدس ، وله ما بقي . وإن كان جد وأخ ، قاسمه ، وإن كان أخ وعم ، انفرد به الأخ ، وإن كان عم وابن عم ، انفرد به العم . وقال الحارثي : وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال ، وتفضيل لبعض على بعض ، وهو لو وقف على أقاربه ، لما قالوا

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : الأصل . وهو قولهما . انظر فتح القدير ٢١٣/٦ .

الشرح الكبير

وعن أحمد ، أنه يُصْرَفُ إلى الْمَسَاكِينِ . اختارَه القاضي ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ؛ لأنَّهم مَصْرِفُ الصَّدَقَاتِ وَحُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْكَفَّارَاتِ وَنَحْوِهَا ، فَإِذَا وَجِدَتْ [٢١٩/٥] صَدَقَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةِ الْمَصْرِفِ ، انْصَرَفَتْ إِلَيْهِمْ ، كَمَا لَوْ نَذَرَ صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وعن أحمد رواية ثالثة ، أنه يُجْعَلُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا مُسْتَحِقُّ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالَ مَنْ لَا وَاِرِثَ لَهُ . وقال أبو يُوسُفَ : يَرْجَعُ إِلَى الْوَاقِفِ وَإِلَى وَرَثَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فإذا انْقَرَضَ الْمُسَمَّى ، كانت على الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا صَدَقَةً عَلَى مُسَمَّى ، فلا تَكُونُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا قَالَ ^(١) : يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَإِنَّهُ جَعَلَ الصَّدَقَةَ مُطْلَقَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ أزالَ مِلْكَهُ لِلَّهِ تَعَالَى ، فلم يَجُزْ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ ،

فيه بهذا التَّخْصِيسِ ، وَالتَّفْضِيلِ . وكذا لو وَقَفَ على أَوْلَادِهِ ، أو أَوْلَادِ زَيْدٍ ، لا يُفْضَلُ فِيهِ الذِّكْرُ عَلَى الْأُنْثَى ، وقد قالوا هنا : إِنَّمَا يُنْتَقَلُ إِلَى الْأَقَارِبِ وَقَفًا . انتهى . فظاهرُ كلامِهِ ، أَنَّهُ مَالٌ إِلَى عَدَمِ الْمُفَاضَلَةِ . وما هو ببعيدٍ . قال في « الفائق » : وعنه في أَقَارِبِهِ ؛ ذَكَرَهُمْ وَأَنْثَاهُمْ ؛ بِالسُّوِّيَّةِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ الْوَارِثُ . انتهى . والرواية الأُخْرَى ، يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَتِهِ . قال في « الفروع » : وعنه يُصْرَفُ إِلَى عَصَبَتِهِ . ولم يَذْكُرْ أَقْرَبَ . وأُطْلِقَهُمَا ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » . فعليهما ، يَكُونُ وَقَفًا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نصُّ عليه . وقطع به القاضي ، وأبو الْخَطَّابِ ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمْ . وقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ،

(١) في م : « كان » .

كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف ، أنهم أولى الناس بصدقته ؛ لقول النبي ﷺ : « صدقتك على غير ذى رحمتك صدقة ، وصدقتك على ذى رحمتك صدقة وصلة »^(١) . وقال : « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »^(٢) . ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات ، فذلك صدقته المنقولة . إذا ثبت هذا ، فإنه يكون للفقراء منهم والأغنياء في إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو ظاهر كلام الخِرقي ؛ لأن الوقف لا يختص الفقراء ، ولأنه لو وقف

و « الفائق » ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . قال في « المغنى »^(٣) : نص عليه . قال الحارثي : وإنما حذف ذكر الوقف في الرواية الثانية ؛ اختصاراً واكتفاءً بذكره المتقدم في رواية العود إلى الورثة . انتهى . وقال ابن منجي في « شرحه » : مفهوم قوله : في الورثة . يكون وقفاً عليهم ، على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبية ، لا يكون وقفاً . وردّه الحارثي ، فقال : من الناس من حمل رواية العود إلى أقرب العصبية ، في كلام المصنف ، على العود ملكاً . قال : لأنه قيد رواية العود إلى الورثة بالوقف ، وأطلق هنا ، وأثبت بذلك وجهها . قال : وليس كذلك ؛ فإن العود إلى الأقرب ملكاً إنما يكون بسبب الإرث ، ومعلوم أن الإرث لا يختص بأقرب العصبية . وأيضاً فقد حكى خلافاً في اختصاص العود بالفقراء بهم ، ولو كان إراثاً لما اختص بالفقراء ، مع أن المصنف صرح بالوقف في ذلك في « كتابيه » ، وكذلك الذين نقل من كتبهم ، كالقاضي ، وأبي الخطاب .

(١) تقدم تخريجه في ٢٨٠/٧ .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٤٣/١١ . في حديث : « والثلاث كثير » .

(٣) المغنى ٢١٢/٨ .

على أولاده ، تناول الأغنياء والفقراء ، كذا ههنا . وفيه وجه آخر ، أنه يختص الفقراء منهم ؛ لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ، ولأننا خصصنا الأقارب بالوقف ، لكونهم أولى الناس بالصدقة ، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء . واختلفت الرواية في من يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففي إحدى الروايتين ، يختص بالورثة منهم ؛ لأنهم الذين صرف الله إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يُصرف إليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفاً . فعلى هذا ، يكون بينهم على حسب ميراثهم ، ويكون وقفاً عليهم . نص عليه أحمد ، وذكره القاضي ؛ لأن الوقف يقتضي

انتهى . وعنه ، يكون ملكاً . قال في « الفائق » : وقيل : يكون ملكاً . اختاره الخِرقي . قال في « المغنى » ^(١) : ويَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ . قال في « الفائق » : وقال ابن أبي موسى : إن رجع إلى الورثة ، كان ملكاً ، بخلاف العصبية . قال الشيخ تقي الدين : وهذا أصحُّ وأشبهُ بكلام أحمد ، وعلى الروايتين أيضاً ، هل يختص به فقراؤهم ؟ على وجهين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الرعاية الكبرى » ، وغيرهم ؛ أحدهما ، عدم الاختصاص . وهو المذهب . قال الحارثي : هذا الأصحُّ في المذهب . قال الناطم : هذا الأقوى . وجزم به في « المحرر » وغيره . قال الزركشي : هو ظاهر كلام الإمام أحمد ، والخِرقي . وقدمه في « الخلاصة » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » . والوجه الثاني ، يختص به فقراؤهم . اختاره القاضي في كتاب « الروايتين » .

التَّائِيدَ ، وَإِنَّمَا صَرَفْنَاهُ إِلَى هَؤُلَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَحَقُّ النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، فَيُصْرَفُ إِلَيْهِمْ مَعَ بَقَائِهِ صَدَقَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُصْرَفَ إِلَيْهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْإِرْثِ ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ ، وَيَبْتَطُلُ الْوَقْفُ فِيهِ ، كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ دُونَ [٢١٩/٥ ط] بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ ^(١) ، وَدُونَ الْبَعِيدِ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ ، عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَوْلَاءِ ^(٢) الْمَوَالِي ، لِأَنَّهُمْ خُصُّوا بِالْعَقْلِ عَنْهُ ، وَبِمِيرَاثِ مَوَالِيهِ ، فَخُصُّوا بِهَذَا أَيْضًا . قَالَ شَيْخُنَا ^(٣) : وَهَذَا لَا يَقْوَى عِنْدِي ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُمْ لِهَذَا دُونَ غَيْرِهِمْ مِنَ النَّاسِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا وَلَا إِجْمَاعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثِ وَلَاءِ الْمَوَالِي ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هَهُنَا ، وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرَفُهُ

فائدة : متى قُلْنَا بِرُجُوعِهِ إِلَى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ، وَكَانَ الْوَاقِفُ حَيًّا ، فَفِي رُجُوعِهِ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى عَصَبَتِهِ وَذُرِّيَّتِهِ رِوَايَتَانِ . حَكَاهُمَا ابْنُ الزَّأْغُونِيِّ فِي « الْإِقْنَاعِ » رِوَايَةً ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَذْخُلُ . قَطَعَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّبْعِينَ » . وَكَذَا لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَنْسَالِهِمْ ، عَلَى أَنَّ مَنْ تَوَفَّى مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، رَجَعَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، فَتَوَفَّى أَحَدُ أَوْلَادِ الْوَاقِفِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، وَالْأَبُ الْوَاقِفُ حَيٌّ ، فَهَلْ يَعُودُ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ أَقْرَبَ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَمْ لَا ؟ تُخَرَّجُ عَلَى مَا قَبْلَهَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ . وَالْمَسْأَلَةُ مُلْتَفِتَةٌ إِلَى دُخُولِ الْمُخَاطَبِ فِي خِطَابِهِ .

(١) فِي م : « الْوَرَاثِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « كَوْلَاءِ » .

(٣) فِي : الْمَغْنَى ٢١٢/٨ .

الشرح الكبير

إِلَى الْمَسَاكِينِ ، لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنَّهُمْ أَوْلَى بِزَكَاتِهِ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَئِنَّا إِذَا صَرَفْنَاهُ إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَأَنْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ^(١) وَفَقًّا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابُ الْجَارِي عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لَكَوْنِهِمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مِلْكَائِهِمْ . فَإِنَّهُ يُصْرَفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ بِانْقِطَاعِهِ ، فَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَارِثَ لَهُ ، فَكَانَ بَيْتُ الْمَالِ أَوْلَى بِهِ .

تَنْبِيهِ : لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . عَلَى الصَّحِيحِ . جَزَمَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكِرَةِ » ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يُبَاغُ ، وَيُجْعَلُ ثَمَنُهُ فِي الْمَسَاكِينِ . وَقِيلَ : يُصْرَفُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ إِبْرَاهِيمَ ، وَأَبِي طَالِبٍ ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَطَعَ بِهِ ^(٢) أَبُو الْخَطَّابِ ، وَصَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرُهُمَا ^(٣) . وَقَدَّمَهُ الزَّرْكَشِيُّ . وَفِي أَصْلِ

(١) فِي م : « أَوْ الْمَسَاكِينِ » .

(٢-٢) فِي ط : « فِي الْمَحْرَرِ وَغَيْرِهِ » .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يجوزُ ، ثم على مَنْ لا يجوزُ ، كَمَنْ وَقَفَ على أولاده ، ثم على البِيعِ ، صَحَّ الوَقْفُ أيضًا ، وَيَرْجِعُ بعدَ انقِرَاضِ مَنْ

الشرح الكبير

المَسْأَلَةُ ، ما قاله القاضى فى مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِى قَالَهُ الْقَاضِى فِيهِ ، هُوَ فى كِتَابِهِ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، قَالَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ ثَلَاثَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . اخْتَارَهَا جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ، وَالْقَاضِى أَبُو الْحُسَيْنِ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ أَيْضًا . وَصَحَّحَهُ فى « التَّصْحِيحِ » . قَالَ النَّاطِلُ : هِىَ أَوَّلَى الرِّوَايَاتِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا لَا أَعْلَمُهُ نَصًّا عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : إِنْ كَانَ فى أَقْرَابِ الْوَاقِفِ فَقَرَاءٌ ، فَهَمَّ أَوَّلَى بِهِ ، لَا عَلَى الْوُجُوبِ . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، يُصَرِّفُ فى الْمَصَالِحِ . جَزَمَ بِهِ فى « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فى « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَقَالَ : نَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ : وَنَصَرَهُ الْقَاضِى ، وَأَبُو جَعْفَرٍ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : أَنْصُ الرِّوَايَاتِ أَنْ يَكُونَ فى بَيْتِ الْمَالِ ؛ يُصَرِّفُ فى مَصَالِحِهِمْ . فعلى هاتين الروايتين ، يكونُ وَقْفًا أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فى « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، يَرْجِعُ [٢٤٢/٢ ط] إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ الْحَيِّ . وَنَقَلَ حَرْبٌ ، أَنَّهُ ، قَبْلَ وَرَثَتِهِ ، لَوَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، إِنْ وَقَفَ عَلَى عِيْدِهِ ، لَمْ يَسْتَقِم . قُلْتُ : فَيَعْتَقُهُمْ ؟ قَالَ : جَائِزٌ . فَإِنْ مَاتُوا وَلَهُمْ أَوْلَادٌ ، فَهُوَ لَهُمْ ، وَإِلَّا فَلِلْعَصْبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصْبَةٌ ، يَبِيعُ وَفُرَّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ .

الإنصاف

فائدة : لِلْوَقْفِ صِفَاتٌ ؛ إِحْدَاهَا ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْوَسْطِ وَالْإِنْتِهَاءِ . الثَّانِيَةُ ، مُنْقَطِعُ الْإِبْتِدَاءِ ، مُتَّصِلُ الْإِنْتِهَاءِ . الثَّلَاثَةُ ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ ، مُنْقَطِعُ الْإِنْتِهَاءِ ، عَكْسُ الَّذِى قَبْلَهُ . الرَّابِعَةُ ، مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ ، مُنْقَطِعُ الْوَسْطِ . الْخَامِسَةُ ، عَكْسُ

الشرح الكبير

يجوزُ الوقْفُ عليه إلى مَنْ يُصْرَفُ إليه الوقْفُ المُتَقَطِّعُ ، كالمسألة قبلها ؛ لأنَّ ذِكْرَ مَنْ لا يجوزُ الوقْفُ عليه وعَدَمَهُ واحدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ الوقْفُ ؛ لأنَّهُ جَمَعَ بينَ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فأشبهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ هذا . وَسَكَتَ ، أو قال : صَدَقْتُ مَوْقُوفَةً . ولم يذكُرْ سَبِيلَهُ ، فلا نَصَّ فيه . وقال ابنُ حامِدٍ : يَصِحُّ الوقْفُ . قال

الذى قبله ، مُتَقَطِّعُ الطَّرَفَيْنِ ، صحيحُ الوَسْطِ . وأمَثَلْتُها واضِحَةً ، وكلُّها صحيحةٌ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وخَرَجَ وَجْهٌ بالبُطْلانِ في الوقْفِ المُتَقَطِّعِ مِنْ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، على ما تقدَّمَ ، وروايةٌ بأنَّهُ يُصْرَفُ في المَصالِحِ . (قال في «الرَّعَايَةِ» ، في مُتَقَطِّعِ الآخِرِ : صَحَّ في الأصَحِّ^(١) . السَّادِسَةُ ، مُتَقَطِّعُ الأوَّلِ والوَسْطِ . والأخيرِ ؛ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ على مَنْ لا يَصِحُّ الوقْفُ عليه ، ويسْكُتَ ، أو يذكُرَ ما لا يَصِحُّ الوقْفُ عليه أيضًا ، فهذا باطلٌ ، بلا نزاعٍ بينَ الأصحابِ . فالصَّفَةُ الأوَّلَى ، هِيَ الْأَصْلُ في كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِهِ ، والصَّفَةُ الثَّانِيَةُ ، تُؤْخَذُ مِنْ كلامِ المُصَنِّفِ ، حيثُ قال : وكان كما لو وقَفَ على مَنْ لا يجوزُ ، ثُمَّ على مَنْ يجوزُ . والصَّفَةُ الثَّالِثَةُ ، تُؤْخَذُ مِنْ كلامِهِ أيضًا ؛ حيثُ قال : وإن وقَفَ على جِهَةٍ تَنقَطِّعُ ، ولم يذكُرْ له مَالًا ، أو على مَنْ يجوزُ ، ثُمَّ على مَنْ لا يجوزُ . والرَّابِعَةُ ، والخَامِسَةُ ، لم يذكُرْهما المُصَنِّفُ ، لَكِنَّ الحُكْمَ واحدٌ .

قوله : أو قال : وَقَفْتُ . وسَكَتَ . يَعْني ، أَنَّ قَوْلَهُ : وَقَفْتُ . ويسْكُتُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الوقْفِ المُتَقَطِّعِ الانْتِهَاءِ ، فالوقْفُ صحيحٌ عندَ الأصحابِ ، وقَطَعُوا به . وقال في «الرَّوْضَةِ» : على الصَّحيحِ عندَنَا . انتهى . فظاهِرُهُ ، أَنَّ في الصَّحَةِ خِلَافًا . فعلى المذهبِ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الوقْفِ المُتَقَطِّعِ الانْتِهَاءِ في مَصْرِفِهِ . على

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُهُ سَنَةً . لَمْ يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُضْرَفُ بَعْدَهَا

الشرح الكبير القاضى : هو قياس قول أحمد ، فإنه قال فى التذر المطلق : يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِكِفَارَةِ الْيَمِينِ . وهو قول مالك ، والشافعى فى أحد قوليه ؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة ، فوجب أن يصح مطلقا ، كالأضحية ، والوصية . ولو قال : وَصِيْتُ بِثُلُثِ مَالِي . صَحَّ ، وإذا صحَّ صُرف إلى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه ، كما ذكرنا .

٢٥٦٩ - مسألة : [٢٢٠/٥] (وإن قال : وَقَفْتُ دَارِي سَنَةً) أو إلى يومٍ يقدم الحاج (لم يصح) فى أحد الوجهين ؛ لأن مقتضى الوقف

الإيناف الصَّحِيح مِنَ الْمَذْهَبِ ، كما قاله الْمُصَنِّفُ هنا . وقطع به القاضى فى « الْمَجَرَّد » ، وابن عَقِيلٍ . واختاره صاحب « التَّلْخِصِ » وغيره . وجزم به فى « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وغيرهم . وقدمه فى « الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وقال : نص عليه . وقال القاضى وأصحابه : يُضْرَفُ فى وجوه البرِّ . قال الحارثيُّ : الوجهُ الثَّانِي ، يُضْرَفُ فى وجوه البرِّ والخير . قطع به القاضى فى « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » ، و « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وأبو على بن شهاب ، وأبو الخطَّاب فى « الْخِلَافِ الصَّغِيرِ » ، والشَّريْفَانِ ؛ أبو جعفر ، والزَّيْدِيُّ ، وأبو الحُسَيْنِ القاضى ، والعُكْبَرِيُّ فى آخرين . وفى عبارة بعضهم ، وكان لجماعة المسلمين . وفى بعضها ، صُرف فى مصالح المسلمين . والمعنى مُتَّحِدٌ . انتهى . قال فى « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، فى هذه المسألة وفى قوله : تصدقتُ به . تكون لجماعة المسلمين .

قوله : وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُهُ سَنَةً . لم يصح . هذا المذهب . قال ابن منجى : هذا

الشرح الكبير

التَّائِيْدُ ، وهذا يُنَافِيهِ . والوَجْهُ الْآخَرُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَقَطِّعُ الْإِنْتِهَاءِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . فَهُوَ كَمُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ ، يُصْرَفُ إِلَى مَصْرَفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفٌ عَلَى وَلَدِي سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ مَوْتِي لِلْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَقَفْتُ مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِي . صَحَّ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَيَلْغُو قَوْلُهُ : عَلَى أَوْلَادِي . لِأَنَّ الْمَسَاكِينِ لَا انْقِرَاضَ لَهُمْ .

المذهبُ . وصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، « شَرْحِ الْحَارِثِيِّ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُصْرَفَ بَعْدَهَا مَصْرَفُ الْمُتَقَطِّعِ ، يَعْنِي مُتَقَطِّعَ الْإِنْتِهَاءِ ، وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، وَيَلْغُو تَوْقِيتُهُ .

فائدة : لَوْ وَقَفَهُ عَلَى وَلَدِهِ سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى زَيْدٍ سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى عَمْرٍو سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ؛ لِاتِّصَالِهِ إِبْتِدَاءً وَإِنْتِهَاءً . وَكَذَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُهُ عَلَى وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ عَلَى زَيْدٍ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ .

المقنع وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥٧٠ - مسألة : (وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَقْفَ يَزُولُ بِهِ مِلْكُ الْوَاقِفِ ، وَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَإِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، يُوَكَّلَ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَيَلْزَمُ^(١) بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعِنَقِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعِنَقِ أَشْبَهُ ، وَإِلْحَاقُهُ بِهِ أَوْلَى .

الإنصاف

قوله : وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ الْأَشْبَهُ ، وَاخْتِيَارُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، وَالْمَنْصُورُ عَنْدهُمْ فِي الْخِلَافِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ الْمَشْهُورُ وَالْمُخْتَارُ الْمَعْمُولُ بِهِ مِنَ الرَّوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، يُشْتَرَطُ أَنْ يُخْرِجَهُ عَنْ يَدِهِ . قَطَعَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَلَمْ يَلْزَمْ » .

مُوسَى فِي « كِتَابَيْهِمَا ». وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ فِي « شَرْحِهِ » ، وَاجْتَارَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » . وَيَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَى هَذَا أَيْضًا ، عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَازِمٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَرَأَيْتُ بَعْضَهُمْ قَالَ : قَالَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » : لَا يَخْتَلِفُ مَذْهَبُهُ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ يَضُرُّهُ فِي مَصَارِفِهِ ، وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ يَدِهِ ، أَنَّهُ يَقَعُ بَاطِلًا . انْتَهَى . فَعَلَى الْقَوْلِ بِالِاشْتِرَاطِ ، فَالْمُعْتَبَرُ عِنْدَ أَحْمَدَ التَّسْلِيمُ إِلَى نَازِلٍ يَقُومُ بِهِ . قَالَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : وَبِالْجُمْلَةِ ، فَالْمَسَاجِدُ وَالْقَنَاظِرُ وَالْآبَارُ ، وَنَحْوُهَا يَكْفِي التَّخْلِيَةُ بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهَا ، مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ . قَالَ : وَالْقِيَاسُ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُعَيَّنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، إِذَا قِيلَ بِالِانْتِقَالِ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا ، فَإِلَى النَّازِلِ أَوْ الْحَاكِمِ . انْتَهَى . وَعَلَى الْقَوْلِ بِالِاشْتِرَاطِ أَيْضًا ، لَوْ شَرَطَ نَظَرَهُ لِنَفْسِهِ ، سَلَّمَهُ لغيرِهِ ، ثُمَّ ارْتَجَعَهُ مِنْهُ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَأَمَّا التَّسْلِيمُ إِلَى مَنْ يَنْصِبُهُ هُوَ ، [٢٤٣/٢] فَالْمَنْصُوبُ ؛ إِمَّا غَيْرُ نَازِلٍ ، فَوَكِيلٌ مَحْضٌ يَدُهُ كَيْدُهُ ، وَإِمَّا نَازِلٌ ، فَالنَّظَرُ لَا يَجِبُ شَرْطُهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَالتَّسْلِيمُ إِلَى الْغَيْرِ غَيْرُ وَاجِبٍ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ .

فائدة : إِذَا قُلْنَا بِالِاشْتِرَاطِ ، فَهَلْ هُوَ شَرْطٌ لَصِحَّةِ الْوَقْفِ ، أَوْ لِلزُّومِ ؟ ظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ ، أَنَّهُ شَرْطٌ لِلزُّومِ ، لَا شَرْطٌ لِلصَّحَّةِ . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ . وَصَرَّحَ بِهِ الْحَارِثِيُّ ، فَقَالَ : وَلَيْسَ شَرْطًا فِي الصَّحَّةِ ، بَلْ شَرْطٌ لِلزُّومِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَصَرَّحَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « انْتِبَاهِهِ » ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ النَّاسِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » . فَعَلَى هَذَا ، قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفَاتِي » ،

فَصْلٌ : وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وَعَنْهُ لَا يَمْلِكُهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وَعَنْهُ ، لَا يَمْلِكُهُ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْمَلِكَ يَتَّقِلُ فِي الْمَوْقُوفِ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا وَقَفَ دَارَهُ عَلَى وَلَدٍ أَخِيهِ ، صَارَتْ لَهُمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ مَلَكُوهُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ، فَإِنَّ جَمَاعَةً نَقَلُوا عَنْهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَرَثَتِهِ فِي مَرَضِهِ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ ، وَلَا يَصِيرُ مَلِكًا لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنَّمَا يَتَنَفَّعُونَ بِعَلَّتِهَا . وَهَذَا يَدُلُّ بِظَاهِرِهِ

الإنصاف

وغيرهم : إِنْ مَاتَ قَبْلَ إِخْرَاجِهِ وَجَيَّازَتِهِ ، بَطَلَ ، وَكَانَ مِيرَاثًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قُلْتُ : وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلِ الْأَوَّلَى هُنَا ، اللَّزُومُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، أَنَّ الْخِلَافَ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ . وَصَرَّحَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، فَقَالُوا : هَلْ يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ إِخْرَاجُهُ عَنِ يَدِ الْوَاقِفِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : لَا يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ إِخْرَاجُهُ عَنْ يَدِهِ .

قوله : وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَقَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُهُ ، وَالشَّرِيفَانِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشُّيرَازِيُّ ، وَابْنُ بَكْرُسٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَمْلِكُهُ . بَلِ هُوَ مَلِكٌ لِلَّهِ . وَهُوَ ظَاهِرُ اخْتِيَارِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ؛ قِيَاسًا عَلَى الْعِنَقِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَبِهِ أَقُولُ . وَعَنْهُ ، مَلِكٌ لِلْوَاقِفِ . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَمْ يُوَافِقْهُمَا عَلَى ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْ مُتَقَدِّمِي أَهْلِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا مُتَأَخِّرِيهِمْ . انْتَهَى . وَقَدْ ذَكَرَهَا مَنْ بَعْدَهُمْ مِنْ الْأَصْحَابِ ؛ كَصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » ، وَالزَّرْكَشِيِّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ

الشرح الكبير

على أنهم لا يملكون . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ بِقَوْلِهِ : لا يملكون . أى لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا يتقل الملك في الوقف اللّازم ، بل يكون حقاً لله تعالى ؛ لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة [٢٢٠/٥ ظ] على وجه القربة بتمليك المنفعة ، فانتقل إلى الله تعالى ، كالعق . ولنا ، أنه سبب يزول ملك الواقف ، وجد^(١) إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماله ، فوجب أن ينقل الملك إليه ، كالهبه والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة ، لم يلزم ، كالعارية والسكنى ، ولم يزول ملك الواقف عنه ، كالعارية ، ويفارق العتق ، فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك ، كأم الولد .

في « فوائده » : وعلى رواية أنه لا يملكه ، فهل هو ملك للواقف ، أو لله ؟ فيه خلاف .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . منها ما ذكره المصنف هنا ؛ فمنها ، لو وطئ الجارية الموقوفة ، فلا حد عليه ، ولا مهر . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وقال الحارثي : ويتجه أن ينبنى على الملك إن جعلناه له ، فلا حد ، وإلا فعليه الحد . قال : وفي « المغنى » وجه بوجوب الحد في وطء الموصى له بالمنفعة . قال : لأنه لا يملك إلا المنفعة ، فلزمه كالمستأجر . قال الحارثي :

(١) في م : وجه .

وَيَمْلِكُ صُوفَهُ وَلَبَنَهُ وَثَمَرَتَهُ وَنَفْعَهُ . وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ ، فَإِنْ
فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ . وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ،
يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ،

٢٥٧١ - مسألة : (وَيَمْلِكُ صُوفَهُ وَلَبَنَهُ وَثَمَرَتَهُ وَنَفْعَهُ) لَأَنَّهُ نَمَاءُ
مِلْكِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا .

٢٥٧٢ - مسألة : (وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ
عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ) لَا يَجُوزُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَطْءُ الْأَمَةِ الْمَوْقُوفَةِ ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمُنُ
حَبْلَهَا ، فَتَنْقُصُ أَوْ تَتَلَفُ أَوْ تَخْرُجُ مِنَ الْوَقْفِ بِكُونِهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَلَأَنَّ مِلْكَهُ
نَاقِصٌ . فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ
لَوْجَبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ لِلْإِنْسَانِ شَيْءٌ عَلَى نَفْسِهِ .

٢٥٧٣ - مسألة : وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ
(وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) يَوْمَ الْوَقْفِ ، يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ رِقَّةَ ،

فَيَطْرُدُ الْحَدُّ هُنَا عَلَى الْقَوْلِ بَعْدَمِ الْمِلْكِ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعَى الْجَهْلَ ، وَمِثْلُهُ يَجْهَلُهُ .
وَمِنْهَا ، قَوْلُهُ : وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ،
وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ . يَعْنِي ، تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ إِنْ قُلْنَا : هِيَ مِلْكٌ لَهُ . وَإِنْ
قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا . لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ ، وَهِيَ وَقَفَتْ بِحَالِهَا .

قَوْلُهُ : وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ . يَعْنِي قِيمَةَ الْوَلَدِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ قِيمَةُ الْوَلَدِ ، إِذَا أَوْلَدَهَا .
وَعَزَاهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » إِلَى اخْتِيَارِ أَبِي الْخَطَّابِ .

وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرِكَتِهِ ، ^{المنع} وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا وَتَكُونُ وَقْفًا .

^{الشرح الكبير} وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ (وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرِكَتِهِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَى مَنْ بَعَدَهُ مِنَ الْبُطُونِ ، فَيُشْتَرَى بِهَا جَارِيَةٌ (تَكُونُ وَقْفًا) مَكَانَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدِهِ لَهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ .

فصل : « فَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ الْمَوْقُوفَ ^(١) ، لَمْ يَنْفِذْ عِتْقَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَازِمٌ ، فَلَا يَتِمَّ كُنْ مِنْ إِبْطَالِهِ . فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْعَبْدِ وَقْفًا وَنِصْفُهُ طَلْقًا ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الطَّلْقِ ، لَمْ يَسِرْ عِتْقُهُ إِلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْتِقْ بِالْمُبَاشَرَةِ فَبِالسَّرَايَةِ أَوْلَى .

^{الإنصاف} قَوْلُهُ : وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرِكَتِهِ ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا تَكُونُ وَقْفًا . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَقِيلَ : تُصَرَّفُ قِيمَتُهَا لِلْبَطْنِ الثَّانِي ، إِنْ تَلَقَّى الْوَقْفَ مِنْ وَاقِفِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : فَذَلَّ عَلَى خِلَافٍ . وَقَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، وَغَيْرِهِمْ : الْبَطْنُ الثَّانِي يَتَلَقَّوْنَهُ مِنْ وَاقِفِهِ ، لَا مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ . وَصَحَّحَهُ الطُّوْفِيُّ فِي « قَوَاعِيدِهِ » . فَلَهُمُ الْيَمِينُ مَعَ شَاهِدِهِمْ ؛ لِثُبُوتِ الْوَقْفِ ، مَعَ امْتِنَاعِ بَعْضِ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ مِنْهَا . قَالَ فِي الْفَائِزِ : وَهَلْ يَتَلَقَّى الْبَطْنُ الثَّانِي الْوَقْفَ مِنَ الْبَطْنِ الَّذِي قَبْلَهُ ، أَوْ مِنَ الْوَاقِفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَعْتَقَهَا » .

وَأَنَّ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ
لِأَهْلِ الْوَقْفِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى
بِهَا مِثْلُهَا ،

٢٥٧٤ - مسألة : (وَإِنْ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ)
لَا عِتْقَ لَهُ أَنَّهُ يَطَأُ فِي مِلْكِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ عَبْدًا (وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ
الْوَقْفِ) لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَتَهُمْ فِي غَيْرِ مِلْكٍ ، أَشْبَهَ الْأَمَةَ الْمُطْلَقَةَ ، وَتَجِبُ
قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، فَمَنْعَهُ اعْتِقَادُ الْحُرِّيَّةِ مِنْ
الرَّقِّ ، فَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا ، وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَضَعُهُ
حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَإِنْ وَطِئَهَا مُكْرَهَةً أَوْ طَاوَعَتْهُ ،
فَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ ، وَالْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً
غَيْرَهُ ، وَيَكُونُ وَلَدُهَا وَقْفًا مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهَا .

٢٥٧٥ - مسألة : (وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى بِهَا
[٢٢١/٥] مِثْلُهَا) سِوَاءَ أَتْلَفَهَا أَجْنَبِيٌّ أَوْ الْوَاقِفُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ غَيْرَ
الْوَقْفِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ أَيْضًا ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهُ

قوله : وَإِنْ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ
الْوَقْفِ وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا . يَعْنِي ،
يُشْتَرَى بِقِيَمَةِ الْوَلَدِ وَقِيَمَةِ أُمِّهِ ، إِذَا تَلَفَتْ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُشْتَرَى
بِهَا مِثْلُهَا ، إِنْ بَلَغَ ، أَوْ شَقِصًا ، إِنْ لَمْ يَبْلُغْ ، وَعَلَيْهِ جَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ
الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ هَهُنَا ، وَلَا يَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ إِنْ أَوْلَدَهَا . ^{المقنع}

الشرح الكبير

يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهِ ، إِنَّمَا لَهُ نَفْعُهُ (وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ) الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ (قِيَمَةَ الْوَلَدِ) فِيمَا إِذَا وَطَّعَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَاتَتْ بَوْلَدٍ (وَلَا يَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ إِنْ أَوْلَدَهَا) لِذَلِكَ .

الإنصاف

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ هَهُنَا . يَعْنِي ، يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ قِيَمَةَ الْوَلَدِ هُنَا ، عَلَى هَذَا الْاِحْتِمَالِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » .

فائدة : لو أْتَلَفَهَا إِنْسَانٌ ، لَزِمَهُ قِيَمَتُهَا ، يَشْتَرِي بِهَا مِثْلَهَا . وَإِنْ حَصَلَ الْإِتْلَافُ فِي جُزْءٍ بِهَا ، كَقَطْعِ طَرَفٍ مِثْلًا ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَشْتَرِي بِأَرْشِهَا شَقَصٌ يَكُونُ وَقْفًا . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقِيلَ : يَكُونُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَهُمَا اِحْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « التَّلْخِيسِ » . وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ ، فَالْأَرْضُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ .

فائدة أُخْرَى^(١) : لو قَتَلَ الْمَوْقُوفَ عَبْدٌ مَكَافِيٌّ . فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(٢) : الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ [٢/٤٣٣ ط] ، فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَتَحْرِيرُ قَوْلِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، أَنَّ الْعَبْدَ الْمَوْقُوفَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمَلَكِ ، وَمِنْ شَرْطِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ ، مُطَابَقَةُ كُلِّ الشُّرَكَاءِ ، وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ . قَالَ : وَفِيهِ بَحْثٌ ، وَذَكَرَهُ ، وَمَالَ إِلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ .

(١) زيادة من : ١ .

(٢) المعنى ٨/٢٢٦ .

المقنع وَلَهُ تَزْوِيجُ الْجَارِيَةِ وَأَخْذُ مَهْرِهَا ، وَوَلَدُهَا وَقْفٌ مَعَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ .

الشرح الكبير

٢٥٧٦ - مسألة : (وَلَهُ تَزْوِيجُ الْأَمَةِ وَأَخْذُ مَهْرِهَا ، وَوَلَدُهَا وَقْفٌ مَعَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ) يجوزُ للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ تَزْوِيجُ الْأَمَةِ المَوْقُوفَةِ ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَتِهَا ، أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ ، وَلِأَنَّ المَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ هَذِهِ المَنَفَعَةِ ، فَلَا يَتَضَرَّرُ بِتَمْلِيكِ غَيْرِهِ إِيَّاهَا ، وَالمَهْرُ للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ بَدَلُ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ الْأُجْرَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَتِهَا فِي العُمُرِ ، فَيُفْضَى إِلَى تَقْوِيَةِ مَنَفَعَتِهَا فِي حَقِّ البَطْنِ الثاني ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقٌ ؛ مِنْ وَجُوبِ تَمْكِينِ الزَّوْجِ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ، وَمَبِيتِهَا عِنْدَهُ ، فَتَقُوتُ خِدْمَتُهَا فِي اللَّيْلِ عَلَى البَطْنِ الثاني . فَإِنْ طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ وَجَبَ تَزْوِيجُهَا ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا طَلَبُهُ ، فَتَعَيَّنَتِ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، وَمَافَاتٍ مِنَ الْحَقِّ بِهِ ، يَفُوتُ تَبَعًا لِإِيفَائِهَا حَقَّهَا ، فَلَا يَكُونُ مَانِعًا

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المصنّف هنا ، وَقْفَةُ البَدَلِ بِنَفْسِ الشَّرَاءِ ؛ لاسْتِدْعَاءِ البَدَلِيَّةِ ثُبُوتَ حُكْمِ الْأَصْلِ لِلْبَدَلِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ وَغَيْرِهِ ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِنْشَاءِ عَقْدِ الْوَقْفِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِذَا خَرِبَ الْوَقْفُ ، وَلَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ، يَبِيعُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقْفًا كَالْأَوَّلِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَكَذَا نَصَّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ . قَالَ : وَبِهَذَا أَقُولُ . وَيَأْتِي فِي آخِرِ بَيْعِ الْوَقْفِ بِأَتَمِّ مِنْ هَذَا ، وَكَلَامُ الزَّرْكَشِيِّ وَغَيْرِهِ .

وَمِنْ فَوَائِدِ الْخِلَافِ ، قَوْلُ المصنّف : وَلَهُ تَزْوِيجُ الْجَارِيَةِ . يَعْنِي ، إِذَا قُلْنَا :

وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خَطَأً ، فَلَا رُشْ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ ^{المنع}

الشرح الكبير
مِنْ تَزْوِيجِهَا ، كغَيْرِ الْمَوْقُوفَةِ إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ . وَإِذَا زَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ مِنْ
الزَّوْجِ ، فَوَلَدُهَا وَقَفَّ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ حُكْمُهُ حُكْمُهَا ؛
كَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمُكَاتَبَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ وَلَدَهَا ؛ لِأَنَّهُ
مِنْ نَمَائِهَا .

٢٥٧٧ - مسألة : (وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خَطَأً ، فَلَا رُشْ عَلَى الْمَوْقُوفِ

الإنصاف
يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ . وَعَلَى الثَّلَاثَةِ ،
يُزَوِّجُهَا الْوَاقِفُ . قَالَه الزَّرْكَشِيُّ ، وَابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » ، وَالْحَارِثِيُّ . لَكِنْ
إِذَا زَوَّجَ الْحَاكِمُ ، اشْتَرَطَ إِذْنُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، قَالَه فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ
وَاضِحٌ . وَكَذَا إِذَا زَوَّجَهَا الْوَاقِفُ . قَالَه الزَّرْكَشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ . قُلْتُ : هُوَ مُرَادُ مَنْ
لَمْ يَذْكُرْهُ قَطْعًا . وَقَدْ طَرَدَهُ الْحَارِثِيُّ فِي الْوَاقِفِ وَالنَّاطِرِ ، إِذَا قِيلَ بَوْلَايَتِهِمَا . وَقِيلَ :
لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا بِحَالٍ ، إِلَّا إِذَا طَلَبْتَهُ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْمُغْنِيِّ » . قَالَ فِي
« الرِّعَايَةِ » : وَيَحْتَمِلُ مَنَعُ تَزْوِيجِهَا ، إِنْ لَمْ تَطْلُبْهُ .

قوله : وَوَلَدُهَا وَقَفَّ مَعَهَا - هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب - وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَمْلِكَهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي نَظِيرِهِ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَشْبَهَ بِالصَّوَابِ . وَنَسَبَ الْأَوَّلَ إِلَى الْأَصْحَابِ . وَيَأْتِي : هَلْ يَجُوزُ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُمَّةَ الْمَوْقُوفَةَ عَلَيْهِ ؟ فِي الْفَوَائِدِ قَرِيبًا .

وَمِنْ الْفَوَائِدِ ، قَوْلُ الْمُصَنِّفِ : وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خَطَأً ، فَلَا رُشْ عَلَى الْمَوْقُوفِ
عَلَيْهِ . يَعْنِي ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ
الثَّانِيَةِ ، تَكُونُ جِنَايَتُهُ فِي كَسْبِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ،
و « الْقَوَاعِدِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » . وَقِيلَ : فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي

المقنع أن يَكُونَ فِي [١٥٤ ط] كَسْبِهِ .

الشرح الكبير

عليه . وَيَحْتَمِلُ أن يَكُونَ فِي كَسْبِهِ (إذا جَنَى الْوَقْفُ جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لم يَتَعَلَّقْ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُ أَرْضِهِ بِرَقَبَتِهِ ، فكان على مَالِكِهِ ، كَجِنَايَةِ أُمِّ الْوَلَدِ . ولا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . فإن قُلْنَا : إنَّ الْوَقْفَ لَا يُمْلِكُ . فالأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لَأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، لَكَوْنِهَا لَا تُبَاغُ ، وبِالْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فكان في كَسْبِهِ ، كَالْحُرِّ . وَيَحْتَمِلُ أن يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . قال شيخنا^(١) : وهذا اِحْتِمَالٌ ضَعِيفٌ ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ فِي صُورَةٍ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ . وإن كان الْوَقْفُ [٢٢١/٥ ط] على الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أن يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِجْبَابُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أن يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وإن جَنَى جِنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ ، سواءً كانت على الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أو على غيره . فإن قُتِلَ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ ، وإن قُطِعَ كان باقية وَقْفًا ، كما لو تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى .

الإِنصاف « التَّبَصُّرَةُ » ، وَضَعْفَهُ الْمُصَنَّفُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الزَّرْكَاشِيُّ . وقيل : لَا يُلْزَمُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَرْضُ ، على الْقَوْلَيْنِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَأَمَّا

(١) في : المغنى ٢٢٥/٨ .

فصل : وإن جُنِيَ على الوقفِ جنايةٌ موجبةٌ للمالِ ، وَجَبَ ؛ لأنَّ مَالِيَّتَهُ لم تَبْطُلْ ، ولو بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ لم يَبْطُلْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، وليس للموقوفِ عليه العَفْوُ عنها ؛ لأنَّهُ لا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُشْتَرَى بِهَا^(١) مِثْلُ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وقال بعضُ الشافِعِيَّةِ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ . عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِلْكٌ لا يَخْتَصُّ بِهِ ، فلم يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ وَالْمَرْهُونِ ، وَبَيَانُ عَدَمِ الْأَخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فلم يَجُزْ إِبْطَالُهُ ، ولا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا

على الرواية الثالثة ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْوَاقِفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي كَسْبِهِ . الإِنْصَافُ . قَالَه الزَّرْكَشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ . وقال الْحَارِثِيُّ ، بَعْدَ أَنْ حَكَى الْوَجْهَيْنِ الْمُتَقَدِّمَيْنِ : وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ الْوُجُوبُ عَلَى الْوَاقِفِ . قال : وفيه بَحْثٌ .

تنبيه : هذا كله إذا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا ، أَمَا إِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ وَنَحْوِهِمْ ، فَقَالَ فِي « الْمُعْنَى »^(٢) : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيْجَابُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، ولا يُمَكِّنُ تَعَلُّقُهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . قال : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

فائدة : حيثُ أَوْجَبْنَا الْفِدَاءَ ، فهو أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، أَوْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ؛ اِعْتِبَارًا بِأَمِّ الْوَلَدِ .

(١) سقط من : م .

(٢) المعنى ٢٢٥/٨ .

منه فَيَعْفُو عنه ، فلم يَصِحَّ الْعَفْوُ عن شيءٍ منه ، كما لو أَتَلَفَ رجلٌ رَهْنًا ، أَخَذَتْ منه قِيمَتُهُ فَبُجِعِلَتْ رَهْنًا ، ولم يَصِحَّ عَفْوُ واحدٍ منهما عنه . وإن كانتِ الجَنَائِيَةُ عَمْدًا مَحْضًا مِنْ مُكَافِيئِهِ ، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ^(١) الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فلم يَجْزُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ،

الشرح الكبير

تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ، ذكرها الْمُصَنِّفُ . ومنها ، لو كان المَوْقُوفُ مَاشِيَّةً ، لم تَجِبْ زَكَاةُهَا ، على الثَّانِيَةِ والثَّالِثَةِ ؛ لَضَعْفِ الْمَلِكِ ، وَتَجِبُ على المَوْقُوفِ عَلَيْهِ على الْأَوَّلَى ، على ظاهِرِ كلامِ الإمامِ أَحْمَدَ ، واختيارِ القاضِي في « التَّعْلِيْقِ » ، والمَجْدِ ، وغيرِهما . وَقَدَّمَهُ الزَّرْكَاشِيُّ . قال النَّاطِمُ :

ولَئِنْ لُيْخِرْجَ مِنْ سِوَاهَا وَيَمْدُدْ

الإنصاف

قلتُ : فَيُعَايَى بها . وقيل : لَا تَجِبُ مُطْلَقًا ؛ لَضَعْفِ الْمَلِكِ . اختارَهُ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » وغيرُهُ ، وقاله القاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ . فَأَمَّا الشَّجَرُ الْمَوْقُوفُ ، فَتَجِبُ الزَّكَاةُ فِي ثَمَرِهِ على المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لِأَنَّ ثَمَرَتَهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . قاله في « الفَوَائِدِ » . قال الشُّيرَازِيُّ : لَا زَكَاةَ فِيهِ مُطْلَقًا . ونَقَلَهُ غيرُهُ رِوَايَةً . وتَقَدَّمَ الْكَلَامُ على ذلك في كِتَابِ الزَّكَاةِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَلَا زَكَاةَ فِي السَّائِمَةِ الْمَوْقُوفَةِ . بَاطِمٌ مِنْ هَذَا ، فَلْيُرَاجَعْ . ومنها ، النَّظَرُ على المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . ملكُ النَّظَرِ عَلَيْهِ ، على ما يَأْتِي في كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فَيَنْظُرُ فِيهِ هُوَ مُطْلَقًا ، أَوْ وَلِيُّهُ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا . وقيل : يُضَمُّ إلى الْفَاسِقِ أَمِينٌ . وعلى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يَكُونُ النَّظَرُ لِلْحَاكِمِ . وعلى الثَّالِثَةِ ، لِلوَاقِفِ . قاله الزَّرْكَاشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ . ومنها ، هل يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْبِنَاءُ ؛ فَإِنْ قِيلَ : يَمْلِكُهُ . اسْتَحَقَّ

(١) سقط من : م .

كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . وقال بعض أصحاب الشافعي : يكون ذلك إلى الإمام .
فإن قُطِعَت يَدُ الْعَبْدِ أَوْ بَعْضُ أَطْرَافِهِ ، فله اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ
حَقُّهُ ^(١) لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ . وإن كَانَ الْقَطْعُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوجِبُهُ
فَعَفَى عَنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، فَإِنْ أُمْكِنَ أَنْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ كَامِلٌ ، وَإِلَّا
اشْتُرِيَ شِقْصٌ مِنَ عَبْدٍ .

به الشُّفْعَةُ ، وَإِلَّا فَلَا . والطَّرِيقُ الثَّانِي ، الْوَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا : يَمْلِكُهُ . قَالَه
الْمَجْدُ . وهذا كُلُّهُ مُفْرَعٌ عَلَى الْمَذْهَبِ فِي جَوَازِ قِسْمَةِ الْوَقْفِ مِنَ الطَّلَقِ . أمَّا عَلَى
الْوَجْهِ الْآخَرِ بِمَنْعِ الْقِسْمَةِ ، فَلَا شُفْعَةَ ، وَكَذَلِكَ بَنَى صَاحِبُ « التَّلْخِيسِ »
الْوَجْهَيْنِ هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي قَبُولِ الْقِسْمَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي بَابِ الشُّفْعَةِ ، عِنْدَ
قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : [٢٤٤/٢ د] وَلَا شُفْعَةَ بِشَرَكَةِ الْوَقْفِ . وَمِنْهَا ، نَفَقَةُ الْحَيَوَانِ
الْمَوْقُوفِ ، فَتَجِبُ حَيْثُ شُرِطَتْ ، وَمَعَ عَدَمِ الشَّرْطِ تَجِبُ فِي كَسْبِهِ ، وَمَعَ عَدَمِهِ
تَجِبُ عَلَى مَنْ الْمِلْكُ لَهُ . قَالَه فِي « التَّلْخِيسِ » . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ : وَعَلَى
الثَّانِيَةِ ، تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَهُوَ وَجْهٌ ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي
« الْقَوَاعِدِ » : وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ ، فَوَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَالثَّانِي ، فِي بَيْتِ الْمَالِ . فَقِيلَ : هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى انْتِقَالِ الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ . وَقَدْ يُقَالُ
بِالْوُجُوبِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمِلْكُ لغيرِهِ ، كَمَا نَقُولُ بِوُجُوبِهَا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ
عَلَى وَجْهِ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، لَا يَجُوزُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْأُمَّةَ الْمَوْقُوفَةَ عَلَيْهِ
عَلَى الْأَوَّلَى ، وَيَجُوزُ عَلَى الثَّانِيَةِ . قُلْتُ : وَعَلَى الثَّلَاثَةِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : هَذَا
الْبِنَاءُ ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مَنَفْعَةَ الْبُضْعِ

(١) فِي م : « حَقٌّ » .

المقنع وَإِذَا وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيْبُهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ .

الشرح الكبير ٢٥٧٨ - مسألة : (وَإِذَا وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيْبُهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ) فَإِذَا مَاتَ رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لَهُمْ مَشْرُوطًا بِانْقِرَاضِ الثَّلَاثَةِ ، فَوَجِبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ شُرُوطِهِ ، وَكَأَنَّ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَإِنَّهُ لَا يُصَرَّفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ شَيْءٌ مِنَ الْوَقْفِ إِلَّا بَعْدَ انْقِرَاضِ الْوَلَدِ ، كَذَلِكَ هُنَا .

الإِنصاف على كلا القولين ، ولهذا يكون المَهْرُ له . انتهى . قال الحارثي : فعلى الأولى ، لو وَقَفْتُ عَلَيْهِ زَوْجَتُهُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لَوْجُودِ الْمِلْكِ . ومنها ، لو سُرِقَ الْوَقْفُ أَوْ نَمَاؤُهُ ، فعلى الأولى ، يُقْطَعُ عَلَى الصَّحِيحِ . وقيل : لَا يُقْطَعُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُهُ . لَمْ يُقْطَعْ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وقيل : يُقْطَعُ . ومحلُّ ذلك كُلُّهُ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ . ومنها ، وَجُوبُ إِخْرَاجِ الْفِطْرَةِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، عَلَى الْأُولَى ، عَلَى الصَّحِيحِ . وقيل : لَا تَجِبُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَى عَبْدٌ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ لَخِدْمَةِ الْوَقْفِ ، فَإِنَّ الْفِطْرَةَ تَجِبُ ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِتَمَامِ التَّصَرُّفِ فِيهِ . قَالَ أَبُو الْمَعَالِي . وَيُعَايَى بِمَمْلُوكٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَهُوَ عَبْدٌ وَقَفَ عَلَى خِدْمَةِ الْكَعْبَةِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْمَنْثُورِ » . ومنها ، لَوْ زَرَعَ الْغَاصِبُ أَرْضَ الْوَقْفِ ، فعلى الأولى ، لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ التَّمْلِكُ بِالنَّفَقَةِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَمَالِكِ الْمَنْفَعَةِ . فِيهِ تَرَدُّدٌ . ذَكَرَهُ فِي الْفَوَائِدِ مِنْ « الْقَوَاعِدِ » .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيْبُهُ عَلَى الْآخَرَيْنِ . وكذا لو رَدَّ . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وذكر الحارثي في « شَرْحِهِ » وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الصَّرْفُ مُدَّةَ بَقَاءِ الْآخَرَيْنِ مَصْرُفَ الْوَقْفِ

الْمُنْقَطِعِ ؛ لُسُكُوتِهِ عَنِ الْمَصْرِفِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، الْإِنْتِقَالُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَقْتِضَاءِ اللَّفْظِ لَهُ ، فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ الصَّرْفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ عَيْنٍ ، فَصَرَفُ نَصِيبِ كُلِّ مِنْهُمْ عِنْدَ انْقِرَاضِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ دَاخِلٌ تَحْتَ دَلَالَةِ اللَّفْظِ ، وَرَجَّحَهُ عَلَى الَّذِي قَبْلَهُ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، لَوْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ ، فَحُكْمُ نَصِيبِهِ حُكْمُ الْمُنْقَطِعِ ، كَمَا لَوْ مَاتُوا جَمِيعًا . قَالَه الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ : عَلَى مَا فِي الْكِتَابِ يُصْرَفُ إِلَى مَنْ بَقِيَ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَكَذَا الْحُكْمُ لَوَرَدَ بَعْضُهُمْ . قَالَه فِيهَا أَيْضًا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هَذَا تَرْتِيبُ جُمْلَةٍ عَلَى مِثْلِهَا ، لَا يَسْتَحِقُّ الْبَطْنُ الثَّانِي شَيْئًا قَبْلَ انْقِرَاضِ الْأَوَّلِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : هَذَا الْمَعْرُوفُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ، وَمَنْ اتَّبَعَهُمْ ، فَيَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ . وَقِيلَ : تَرْتِيبُ أَفْرَادٍ ، فَيَسْتَحِقُّ الْوَلَدُ نَصِيبَ أَبِيهِ بَعْدَهُ ، فَهُوَ مِنْ تَرْتِيبِ الْأَفْرَادِ بَيْنَ كُلِّ شَخْصٍ وَأَبِيهِ . اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، عِنْدَ شَهَادَةِ الْوَاحِدِ بِالْإِهْلَالِ : إِذَا قُوبِلَ جَمْعٌ بِجَمْعٍ ، اقْتَضَى مُقَابَلَةَ الْفَرْدِ مِنْهُ بِالْفَرْدِ لَعَةً . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : فَعَلَى هَذَا ، الْأَظْهَرُ اسْتِحْقَاقُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَحِقَّ أَبُوهُ . وَقَالَ : الْأَظْهَرُ أَيْضًا فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدَيْهِ نِصْفَيْنِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمَا وَعَقِبِهِمَا بَعْدَهُمَا ، بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، أَنَّهُ يَنْتَقِلُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ وَلَدِ وَلَدِهِ . وَقَالَ : مَنْ ظَنَّ أَنَّ الْوَقْفَ كَالْإِرْثِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبُوهُ أَخَذَ شَيْئًا ، لَمْ يَأْخُذْ هُوَ ، فَلَمْ يَقُلْهُ أَحَدٌ مِنَ الْأَثَمَةِ ، وَلَمْ يَذَرْ مَا يَقُولُ . وَلِهَذَا ، لَوْ انْتَقَتِ الشُّرُوطُ فِي

الطَّبَقَةُ الْأُولَى ، أَوْ بَعْضُهُمْ ، لَمْ تُحْرَمِ الثَّانِيَةُ مَعَ وُجُودِ الشُّرُوطِ فِيهِمْ إِجْمَاعًا ، وَلَا فَرْقَ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقَوْلُ الْوَاقِفِ : مَنْ مَاتَ ، فَنَصِيَّتُهُ لَوْلَدِهِ . يُعْمُ مَا اسْتَحَقَّهُ وَمَا يَسْتَحِقُّهُ مَعَ صِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ ؛ اسْتَحَقَّهُ أَوْ لَا ؛ تَكْثِيرًا لِلْفَائِدَةِ ، وَلِصَدَقِ الْإِضَافَةِ بِأَدْنَى مُلَابَسَةٍ ، وَلِأَنَّهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلِأَنَّهُ الْمَفْهُومُ عِنْدَ الْعَامَّةِ الشَّارِطِينَ ، وَيَقْصِدُونَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتِيمٌ لَمْ يَرِثْ هُوَ وَأَبُوهُ مِنَ الْجَدِّ ، وَلِأَنَّ فِي صُورَةِ الْإِجْمَاعِ يَنْتَقِلُ مَعَ وُجُودِ الْمَانِعِ إِلَى وَلَدِهِ ، لَكِنْ هُنَا ، هَلْ يُعْتَبَرُ مَوْتُ الْوَالِدِ ؟ يَتَوَجَّهُ الْخِلَافُ . وَإِنْ لَمْ يَتَنَاوَلْ إِلَّا مَا اسْتَحَقَّهُ ، فَمَفْهُومٌ ، خُرْجَ مَخْرَجِ الْغَالِبِ ، وَقَدْ تَنَاوَلَهُ الْوَقْفُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَعَلَى قَوْلِ شَيْخِنَا ، إِنْ قَالَ : بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ وَنَحْوَهُ ، فَتَرْتِيبُ جُمْلَةٍ ، مَعَ أَنَّهُ مُحْتَمَلٌ . فَإِنْ زَادَ الْوَاقِفُ ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ تُوُفِّيَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلَادِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً فِي حَيَاةِ الْوَالِدِ ، وَلَهُ وَلَدٌ ، [٢٤٤/٢] ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ عَنْ أَوْلَادٍ لَصُلْبِهِ ، وَعَنْ وَلَدٍ وَلَدِهِ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ قَبْلَ اسْتِحْقَاقِهِ ، فَلَهُ مَعَهُمْ مَا لَأَبِيهِ ، لَوْ كَانَ حَيًّا . فَهُوَ صَرِيحٌ فِي تَرْتِيبِ الْأَفْرَادِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا فِيمَا إِذَا قَالَ : بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ . وَلَمْ يَزِدْ شَيْئًا : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نِزَاعٌ ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ يَنْتَقِلُ إِلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ إِلَى وَلَدِ وَلَدِهِ ، وَلَا مُشَارَكَةَ . انْتَهَى . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ كَانَ لَهُ ثَلَاثُ بَنِينَ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدَيَّ ؛ فَلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِ وَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمُسَمَّيْنِ وَأَوْلَادِهِمَا وَأَوْلَادِ الثَّلَاثِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّلَاثِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مُخْتَارًا لَهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَنَصَرَاهُ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِحِ » ، وَقَوَاهُ شَيْخُنَا فِي « حَوَاشِيهِ » ، وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يَدْخُلُ الْابْنُ الثَّلَاثِ . وَنَقَلَهُ حَرْبٌ ، وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، فَقَالَ : فَالْمَنْصُوصُ دُخُولُ الْجَمِيعِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ

بالاختصاص بولدٍ من وقف عليهم ؛ اعتبارًا بآبائهم . وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال : وقفتُ على وَلَدَي ؛ فلانٍ وفلانٍ ، ثم على الفقراء . هل يشمل وَلَدَ وَلَدِهِ ، أم لا ؟ . وقيل : يشملُه هنا . ذكره المصنف احتمالاً من عنده .
الرابعة ، لو وقف على فلانٍ ، فإذا انقرضَ أولادُه ، فعلى المساكين ، كان بعد موتِ فلانٍ لأولادِهِ ، ثم من بعدهم للمساكين . اختاره القاضي ، وابن عَقِيلٍ ،
(١) وقدمه في « الكافي » . وقيل : يُصَرَّفُ بعد موتِ فلانٍ مَصْرَفُ الْمُتَقَطِّعِ ، حتى يُنْقَرِضَ أولادُه^(٢) ، ثم يُصَرَّفُ على المساكين . الخامسة ، لو وقف على أولادِهِ ، وأولادِ أولادِهِ ، اشترَكوا حالاً ، ولو قال فيه : على أن من تُوفِّيَ عن غير وَلَدٍ ، فنصيبُه لذوي طَبَقَتِهِ . كان للاشتراكِ أيضًا ، في أحدِ الوجهين . قلتُ : وهو أولَى . قال في « القواعدِ » : وقد زعم المجدُّ أن كلامَ القاضي في « المُجَرَّدِ » يدلُّ على أنه يكونُ مُشْتَرَكًا بينَ الأولادِ ، وأولادِهِم ، ثم يُضافُ إلى كلِّ وَلَدٍ نصيبٌ والِدِهِ بعد موته . قال : وليس في كلامِ القاضي ما يدلُّ على ذلك لمن راجعه وتأمله .
والوجهُ الثاني ، يكونُ للترتيبِ بينَ كلِّ وَلَدٍ وأبيه . قال في « القاعدةِ الثالثة عشرة بعد المائة » : وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، وذكره . وأطلقهما في « الفائقِ » . ولو رَتَّبَ بقوله : الأعلى فالأعلى . أو الأقربُ فالأقربُ . أو البطنُ الأولُ ثم الثاني . فهذا ترتيبٌ جُمْلَةٌ على مثلها ، لا يستَحِقُّ البطنُ الثاني شيئاً قبلَ انقراضِ الأولِ . قاله في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارثيِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرهم . قال في « التَّلْخِصِ » : وكذا قوله : قرناً بعد قرْنٍ . ولو قال بعد الترتيبِ بينَ أولادِهِ : ثم على أنسائِهِم وأعقابِهِم . فهل يستَحِقُّه أهلُ العقبِ مُرتَّبًا ، أو مُشْتَرَكًا ؟ فيه

(١ - ١) سقط من : الأصل .

وَجِهَان . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ التَّرْتِيبُ . وَلَوْ رَتَّبَ بَيْنَ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِهِمْ بِـ « ثُمَّ » ، ثُمَّ قَالَ : وَمَنْ تُؤَفِّيَ عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ . اسْتَحَقَّ كُلُّ وَلَدٍ بَعْدَ أَبِيهِ نَصِيْبَهُ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّهُ مَنْ تُؤَفِّيَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ دَرَجَتِهِ . اسْتَحَقَّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيْبَ أَبِيهِ بَعْدَهُ ، كَالْتِي قَبْلَهَا . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ . انْتَهَى . وَهِيَ يَنْزِعَانِ إِلَى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فِيهَا . « قُلْتُ : هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَوْلَى بِالصَّحَّةِ . وَقَدْ وَافَقَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، عَلَى ذَلِكَ كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ مِنْ أَرْبَابِ الْمَذْهَبِ ، وَجَعَلُوهُ مِنْ تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْمَفْهُومِ ، وَهُوَ أَظْهَرُ . وَصَنَّفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي ذَلِكَ مُصَنَّفًا حَافِلًا خَمْسَ كِرَارِيسٍ^(١) . وَلَوْ قَالَ : وَمَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ . فَالْصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَشْمَلُ النَّصِيْبَ الْأَصْلِيَّ وَالْعَائِدَ ؛ مِثْلَ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، فَيَمُوتَ أَحَدُهُمْ عَنْ وَلَدٍ ، وَيَمُوتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخِيهِ الثَّالِثِ ، فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ عَنْ وَلَدٍ ، اسْتَحَقَّ جَمِيعَ مَا كَانَ فِي يَدِ أَبِيهِ ؛ مِنَ الْأَصْلِيَّ وَالْعَائِدِ إِلَيْهِ مِنْ أَخِيهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَشْمَلُ النَّصِيْبَ الْأَصْلِيَّ ، وَيَشْتَرِكُ وَلَدُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ وَلَدُ الْمَيِّتِ الثَّالِثِ فِي النَّصِيْبِ الْعَائِدِ إِلَى أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ وَالِدَيْهِمَا لَوْ كَانَا حَيَّيْنِ ، لَاشْتَرَكَا فِي الْعَائِدِ ، فَكَذَا وَلَدُهُمَا . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَلَوْ قَالَ : وَمَنْ تُؤَفِّيَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ دَرَجَتِهِ . وَكَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا بِالْبُطُونِ ، كَانَ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لِأَهْلِ الْبُطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ . وَلَوْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ أَهْلِ الْبُطُونِ ، عَادَ إِلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . قُلْتُ :

(١ - ١) زيادة من : ١ .

وهو الصَّوَابُ ؛ فوجودُ هذا الشرطِ كعدمه . والوجهُ الثاني ، يختصُّ البطنُ الذي هو منه ، فيستوى فيه إخوته ، وبنو عمِّه ، وبنو نبيِّ عمِّ أبيه ؛ لأنَّهم في القُربِ سواءٌ . قدَّمه في « النَّظْمِ » . وأطلقهما في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفروعِ » ، و « الحاوي الصَّغِيرِ » . فإن لم يُوجدْ في درجته أحدٌ ، فالحُكْمُ كما لو لم يُذكرِ الشرطُ . قاله في « الفروعِ » وغيره . ولو كان الوقْفُ على البطنِ الأوَّلِ ، على أنَّ مَنْ ماتَ عن وَلَدٍ ، فنصيبه لولده ، وإن ماتَ عن غيرِ وَلَدٍ ، انتقلَ نصيبه إلى مَنْ في درجته ، فماتَ أحدهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فقليلٌ : يعودُ نصيبه إلى أهلِ الوقفِ كلِّهم ، وإن كانوا بطوناً . وحكَّم به التَّقِيُّ سُلَيْمَانُ^(١) . وهو الصَّوَابُ . وقيل : يختصُّ أهلُ بطنه ؛ سواءً [٢٤٥/٢ و] كانوا من أهلِ الوقفِ حالاً أو قوَّةً ؛ مثلاً أن يكونَ البطنُ الأوَّلُ ثلاثةً ، فماتَ أحدهم عن ابنٍ ، ثم ماتَ الثاني عن ابنتين ، فماتَ أحدُ الابنتين وتركَ أخاه وابنَ عمِّه وعمَّه وابنًا لعمِّه الحيَّ ، فيكونَ نصيبه بينَ أخيه وابنِ عمِّه المَيِّتِ وابنِ عمِّه الحيَّ ، ولا يستحقُّ العمُّ شيئاً . وقيل : يختصُّ أهلُ بطنه في أهلِ الوقفِ المتناولين له في الحالِ . فعلى هذا ، يكونُ لأخيه وابنِ عمِّه الذي ماتَ أبوه ، ولا شيءَ لعمِّه الحيِّ ولا لولده . وأطلقهنَّ في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوي الصَّغِيرِ » .. وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ذَوُو طَبَقَتِهِ ؛ إخوته ، وبنو عمِّه ، ونحوهم ، ومن هو أعلى منه ؛ عُمومته ، ونحوهم ، ومن هو أسفلُ منه ؛ ولده ، وولَدُ إخوته وطبقتهم . ولا يستحقُّ مَنْ في درجته من غيرِ أهلِ الوقفِ بحالٍ ؛ كمن له أربَعُ بَنِينَ ، وقَفَ على ثلاثةً ، وتركَ الرَّابِعَ ، فماتَ أحدُ الثلاثةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، لم يكنْ للرَّابِعِ فيه

(١) لم نجده .

شيء ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق . قاله الأصحاب . وإذا شرطه لمن في درجة المتوفى عند عدم ولده ، استحقه أهل الدرجة حالة وفاته ، وكذا من سوجد منهم في أصح الاحتمالين . قال في « الفائق » : هذا أقوى الاحتمالين . قال : ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين ، يعنى الشارح ، والثووي . قال ابن رجب في « قواعده » : يخرج فيه وجهان . قال : والدخول هنا أولى . وبه أفتى الشيخ شمس الدين ^(١) ، قال : وعلى هذا ، لو حدث من هو أعلى من الموجودين ، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى ، فإنه ينتزعه منهم . قاله في « القاعدة السابعة بعد المائة » . السادسة ، لو قال : على أولادى ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط ، ثم نسليهم وعقبهم ، ثم الفقراء ، على أنه من مات منهم ، وترك ولداً وإن سفل ، فنصيبه له . فمات أحد الطبقة الأولى ، وترك بنتاً ، فماتت ولها أولاد . فقال الشيخ تقي الدين : ما استحقته قبل موتها ، فهو لهم . قال في « الفروع » : ويتوجه ، لا . انتهى . ولو قال : ومن مات عن غير ولد ، وإن سفل ، فنصيبه لإخوته ، ثم نسليهم ، وعقبهم . عم من لم يعقب ، ومن أعقب ثم انقطع عقبه ؛ لأنه لا يقصد غيره ، واللفظ يحتمله ، فوجب الحمل عليه قطعاً . قاله الشيخ تقي الدين . قال في « الفروع » : ويتوجه نفوذ حكمه بخلافه . السابعة ، لو اجتمع صفتان أو صفات في شخص واحد ، فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص ، على المشهور من المذهب ، فيتعدّد الاستحقاق بها ، كالأعيان . قاله في « القاعدة التاسعة عشرة بعد المائة » . وله نظائر في الوصايا والفرائض ، والزكاة ، فكذاك الوقف . وأفتى به العلامة ابن رجب أيضاً ، ورد

(١) هو الشيخ ابن أبي عمر صاحب الشرح الكبير .

قَوْلَ الْمُخَالَفِ فِي ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا يَتَعَدَّدُ الْأَسْتِحْقَاقُ بِذَلِكَ . ^(١) وَيَأْتِي قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ فِي الْفَائِدَةِ السَّادِسَةِ مِنَ الْفَوَائِدِ الْآتِيَةِ قَرِيبًا ^(٢) . الثَّامِنَةُ ، إِذَا تَعَقَّبَ الشَّرْطُ جُمْلًا ، عَادَ إِلَى الْكُلِّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » وَجْهَيْنِ ، فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حَرَامٌ ، وَاللَّهُ لَا أَكْلَمُكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . انْتَهَى . وَالْأَسْتِثْنَاءُ كَالشَّرْطِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا . وَقِيلَ : وَالْجُمْلُ مِنْ جَنْسٍ كَالشَّرْطِ . وَكَذَا مُخَصَّصٌ مِنْ صِفَةٍ ، وَعَطْفٌ بَيَانٍ ، وَتَوْكِيدٍ ، وَبَدَلٍ ، وَنَحْوِهِ ، وَالْجَارُّ وَالْمَجْرُورُ نَحْوُ : عَلَى أَنَّهُ . أَوْ : بِشَرْطِ أَنَّهُ . وَنَحْوُ ذَلِكَ كَالشَّرْطِ ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِفِعْلٍ ، لَا بِاسْمٍ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَعُمُومٌ كَلَامِهِمْ ، لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَطْفِ بِوَإٍ وَفَاءٍ وَثُمَّ ؛ وَذَلِكَ لِمَا تَقَدَّمَ . ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . الثَّاسِعَةُ ، لَوْ وُجِدَ فِي كِتَابٍ وَقَفٍ : أَنَّ رَجُلًا وَقَفَ ، عَلَى فُلَانٍ ، وَعَلَى بَنِي بَنِيهِ ، وَاشْتَبَهَ ؛ هَلِ الْمُرَادُ بِبَنِي بَنِيهِ جَمْعُ ابْنٍ ، أَوْ بَنِي بَنِيهِ ؛ وَاحِدَةُ الْبَنَاتِ ؟ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » : يَكُونُ بَيْنَهُمَا عِنْدَنَا ؛ لَتَسَاوِيَهُمَا ، كَمَا فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَيْسَ هَذَا مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ تَرَدُّدِ الْبَيِّنَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَلَوْ كَانَ مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ ، فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ التَّعَارُضِ رَوَايَةٌ مَرْجُوحَةٌ ، وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ ؛ إِمَّا التَّسَاقُطُ ، وَإِمَّا الْقُرْعَةُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْرَعَ هُنَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَجَّحَ بَنُو الْبَنِينَ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ بَنْتِيهِ ^(٣) لَا يَخُصُّ مِنْهُمَا الذُّكُورَ ، بَلْ يُعَمُّ أَوْلَادَهُمَا ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ عَلَى وَلَدِ الذُّكُورِ ، فَإِنَّهُ يَخُصُّ ذُكُورَهُمْ كَثِيرًا ، كَأَبَائِهِمْ ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ وَلَدَ الْبِنْتِ لَسَمَّاها بِاسْمِهَا ، أَوْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « بنيه » .

فصل : وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ [٢٢٢/٥] عَلَيْهِمْ ؛ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِوَقْفِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُتَّبَعَ فِيهِ شَرْطُهُ ، وَلِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ تَفْضِيلُهُ^(١) وَتَرْتِيبُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ إِخْرَاجَ بَعْضِهِمْ بِصِفَةٍ وَرَدَّهُ بِصِفَةٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ :

لشَرَكٍ بَيْنَ وَلَدَيْهَا وَلَدٍ سَائِرِ بَنَاتِهِ . قال : وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . وَأُفْتَى أَيْضًا ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى أَحَدِ أَوْلَادِهِ ، وَلَهُ عِدَّةُ أَوْلَادٍ ، وَجُهِلَ اسْمُهُ ، أَنَّهُ يُمَيِّزُ بِالْقُرْعَةِ .

قوله : وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّظَرِ فِيهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ . وَكَذَا لَوْ شَرَطَ عَدَمَ إِجْجَارِهِ ، أَوْ قَدَّرَ مُدَّةً . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَنْ بَعْضِهِمْ ، جَوَازُ زِيَادَةِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ عَلَى مَا شَرَطَهُ النَّاظِرُ [٢٤٥/٢] بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ . قَالَ : وَهُوَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَفْصِيلُهُ » .

مَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ ، وَمَنْ فَارَقَ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ . أَوْ : مَنْ حَفِظَ الْقُرْآنَ فَلَهُ ، وَمَنْ نَسِيَهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ : مَنْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ فَلَهُ ، وَمَنْ تَرَكَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . أَوْ : مَنْ كَانَ عَلَى مَذْهَبٍ كَذَا فَلَهُ ^(١) ، وَمَنْ خَرَجَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ عَلَى أَنْ لَلْأُنْثَى سَهْمًا وَلِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ عَلَى أَنْ لِلْكَبِيرِ ضِعْفٌ مَالِ الصَّغِيرِ ، أَوْ لِلصَّغِيرِ ضِعْفٌ مَالِ الْكَبِيرِ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ عَيْنَ بِالتَّفْضِيلِ وَاحِدًا

يَحْتَاجُ عِنْدِي إِلَى شَيْءٍ مِنْ تَفْصِيلٍ ؛ فَقَوْلُهُ : يُرْجَعُ فِي قَسَمِهِ . أَيْ فِي تَقْدِيرِ الِاسْتِحْقَاقِ . وَالتَّقْدِيمُ ؛ الْبِدَاءُ بِبَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ؛ كَوَقَفْتُ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَبَكْرٍ . وَيَبْدَأُ بِالذَّكَرِ إِلَى زَيْدٍ . أَوْ : وَقَفْتُ عَلَى طَائِفَةٍ كَذَا . وَيَبْدَأُ بِالْأَصْلَحِ ، أَوْ الْأَفْقَهُ . وَالتَّأْخِيرُ عَكْسُ ذَلِكَ . وَإِذَا أُضِيفَ تَقْدِيرُ الِاسْتِحْقَاقِ ، كَانَ لِلْمُؤَخَّرِ مَا فَضَّلَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ ، سَقَطَ . وَالْجَمْعُ ؛ جَمْعُ الِاسْتِحْقَاقِ مُشْتَرَكًا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَالتَّرْتِيبُ ، جَعْلُ اسْتِحْقَاقِ بَطْنٍ مُرْتَبًا عَلَى آخَرٍ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَالتَّرْتِيبُ مَعَ التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ مُتَّحِدٌ مَعْنًى ، لَكِنَّ الْمُرَادَ فِي صُورَةِ التَّقْدِيمِ بَقَاءُ أَصْلِ الِاسْتِحْقَاقِ لِلْمُؤَخَّرِ ، عَلَى صِفَةٍ أَنَّ لَهُ مَا فَضَّلَ ، وَإِلَّا سَقَطَ . وَفِي صُورَةِ التَّرْتِيبِ ، عَدَمُ اسْتِحْقَاقِ الْمُؤَخَّرِ مَعَ وُجُودِ الْمُقَدَّمِ . وَالتَّسْوِيَةُ ؛ جَعْلُ الرَّيْعِ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ مُتَسَاوِيًا . وَالتَّفْضِيلُ ؛ جَعْلُهُ مُتَفَاوِتًا . وَمَعْنَى الْإِخْرَاجِ بِصِفَةٍ ، وَالْإِدْخَالِ بِصِفَةٍ ؛ جَعْلُ الِاسْتِحْقَاقِ وَالْحِرْزَانِ مُرْتَبًا عَلَى وَصْفٍ مُشْتَرَطٍ ، فَتَرْتَبُ الِاسْتِحْقَاقُ ؛ كَالْوَقْفِ عَلَى قَوْمٍ بِشَرْطِ كَوْنِهِمْ فَقَرَاءً أَوْ صَلَحَاءَ . وَتَرْتَبُ الْحِرْزَانِ أَنْ يَقُولَ : وَمَنْ فَسَقَ مِنْهُمْ ، أَوْ اسْتَغْنَى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ .

(١) سقط من : الأصل .

مُعِينًا ، أَوْ وَلَدَهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَكُلُّ هَذَا صَحِيحٌ ، وَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَقَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَهُ صَدَقَةً عَلَى بَنِيهِ ، لَا تَبَاغُ وَلَا تُوهَبُ ، وَأَنَّ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ^(١) . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيْقًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلْ وَقَفَ مُطْلَقًا ، وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

تنبیه : ظاهرُ كلامِ المصنّف وغيره ، أنَّ الشرطَ المُباحَ الذى لا يظهرُ قصدُ القُرْبَةِ منه ، يَجِبُ اعتبارهُ فى كلامِ الواقِفِ . قال الحارِثِيُّ : وهو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ ، والمعروفُ فى المذهبِ الوجوبُ . قال : وهو الصحيحُ . وقال فى « الفائقِ » : وقال شيخنا ، يعنى به الشيخُ تقيُّ الدينِ : يُخْرَجُ مِنْ شَرْطِ كَوْنِهِ قُرْبَةً ، اشْتِراطُ القُرْبَةِ فى الأصلِ يَلْزَمُ الشُّرُوطَ المُباحَةَ . انتهى . وقال فى « الفروعِ » : واختارَ شيخنا ، يعنى به الشيخُ تقيُّ الدينِ ، لزومَ العملِ بشرطِ مُسْتَحَبٍّ خاصَّةً ، وذكرَه صاحبُ « المذهبِ » ؛ لأنَّه لا يَنْفَعُهُ ، ويُعَذَّرُ عَلَيْهِ ، فَبَذَلَ الْمَالِ فِيهِ سَفَةً ، وَلَا يَجُوزُ . انتهى . قال الحارِثِيُّ : وَمِنْ مُتَأَخِّرِ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ اشْتِراطُهُ ، يَعْنِى الْمُبَاحَ ، فى ظاهرِ المذهبِ . وَعَلَّلهُ ؛ قَالَ : وَهَذَا لَهُ قُوَّةٌ ، عَلَى الْقَوْلِ بِاعْتِبَارِ الْقُرْبَةِ فى أَصْلِ الْجِهَةِ ، كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَإِيَّاهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : فى ظاهرِ المذهبِ . فِيمَا أَرَى ، وَيُؤَيِّدُهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ ، وَذَكَرَ النَّصَّ فى الوَصِيَّةِ . انتهى . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : مِنْ مُتَأَخِّرِ الْأَصْحَابِ . الشَّيْخُ

(١) ذكره البخارى تعليقا ، فى : باب إذا وقف أرضا أو بئرا ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ١٥/٤ . ووصله الدارمى ، فى : باب فى الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٢٧/٢ .

تَقِيَّ الدِّينِ ، وَكَانَ فِي زَمَنِهِ . وَفِي كَلَامِ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » إِيْمَاءٌ إِلَى ذَلِكَ . وَقَالَ
الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا : مَنْ قَدَّرَ لَهُ الْوَاقِفُ شَيْئًا ، فَلَهُ أَكْثَرُ مِنْهُ . إِنْ اسْتَحَقَّه بِمُوجِبِ
الشَّرْعِ . وَقَالَ أَيْضًا : الشَّرْطُ الْمَكْرُوهُ بَاطِلٌ اتِّفَاقًا .

فائدة : لَوْ خَصَّصَ الْمَدْرَسَةُ بِأَهْلِ مَذْهَبٍ أَوْ بَلَدٍ أَوْ قَبِيلَةٍ ، تَخَصَّصَتْ ،
وَكَذَلِكَ الرِّبَاطُ وَالْحَانِقَاءُ . وَالْمَقْبَرَةُ كَذَلِكَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي
« التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ ، وَصَحَّحَهُ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَذَكَرَ بَعْضُ
شُيُوخِنَا فِي كِتَابِهِ احْتِمَالًا بَعْدَ الْاِخْتِصَاصِ . وَأَمَّا الْمَسْجِدُ ؛ فَإِنْ عَيَّنَ لِإِمَامَتِهِ
شَخْصًا ، تَعَيَّنَ ، وَإِنْ خَصَّصَ الْإِمَامَةَ بِمَذْهَبٍ ، تَخَصَّصَتْ بِهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ فِي شَيْءٍ
مِنْ أَحْكَامِ الصَّلَاةِ مُخَالِفًا لَصَرِيحِ السُّنَّةِ أَوْ ظَاهِرِهَا ؛ سَوَاءً كَانَ لَعَدَمِ الْإِطْلَاعِ ،
أَوْ لَتَأْوِيلِ ضَعِيفٍ . وَإِنْ خَصَّصَ الْمُصَلِّينَ فِيهِ بِمَذْهَبٍ ، فَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » :
يَخْتَصُّ بِهِمْ عَلَى الْأَشْبَهِ ؛ لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ فِي أَحْكَامِ الصَّلَاةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
وَقَالَ غَيْرُ صَاحِبِ « التَّلْخِصِ » ، مِنْ مُتَأَخِّرِي الْأَصْحَابِ : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .
وَقَوَّى الْحَارِثِيُّ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ فِي « الْفَاتِقِ » :
قُلْتُ : وَاخْتَارَ ابْنُ هُبَيْرَةَ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ فِي الْمَسْجِدِ بِمَذْهَبٍ فِي الْإِمَامِ . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » : وَقِيلَ : لَا تَتَعَيَّنُ طَائِفَةٌ وَقَفَ عَلَيْهَا مَسْجِدٌ أَوْ مَقْبَرَةٌ ، كَالصَّلَاةِ
فِيهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ عَيَّنَ مَنْ يُصَلِّي فِيهِ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ ، أَوْ تَدْرِيسِ
الْعِلْمِ ، اخْتَصَّ . وَإِنْ سَلَّمَ ، فَلَأَنَّهُ لَا يَقَعُ التَّرَاخُمُ بِإِسَاعَتِهِ ، وَلَوْ وَقَعَ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ؛
لَأَنَّ الْجَمَاعَةَ تُرَادُّ لَهُ . وَقِيلَ : تُنَمْنَعُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ فُقَهَاءَ ، كُمُسَابَقَةٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ
تَقِيُّ الدِّينِ : قَوْلُ الْفُقَهَاءِ : نُصُوصُ الْوَاقِفِ كُنُصُوصُ الشَّارِعِ . يَعْنِي ، فِي الْفَهْمِ
وَالدَّلَالَةِ ، لَا فِي وُجُوبِ الْعَمَلِ ، مَعَ أَنَّ التَّحْقِيقَ ، أَنَّ لَفْظَهُ ، وَلَفْظُ الْمُوصِي ،
وَالْحَالِفِ ، وَالنَّاذِرِ ، وَكُلُّ عَاقِدٍ ، يُحْمَلُ عَلَى عَادَتِهِ فِي خِطَابِهِ وَلُغَتِهِ الَّتِي يَتَكَلَّمُ

بها ؛ وافقت لغة العرب أو لغة الشارع ، أم لا . قال : والشروط إنما يلزم الوفاء بها ، إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي ، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها . قال : ومن شرط في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضل ، فقد شرط خلاف شرط الله ، كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم ، والتأخير منفذ لما شرطه الواقف . انتهى . وإن شرط أن لا ينزل فاسق ولا شريك ، ولا متحوة ونحوه ، عمل به ، وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ، ونحوهم . وفي إمام ومؤذن الخلاف . قال في « الفروع » : وهو ظاهر كلامهم ، [٢٤٦/٢] وكلام شيخنا في موضع . وقال الشيخ تقي الدين أيضا : لا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية ؛ كمدرسه وغيره مطلقا ؛ لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته ، فكيف ينزل ؟ وقال أيضا : إن نزل مستحق تنزيلا شرعيا ، لم يجز صرفه بلا موجب شرعي . انتهى .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين : لو حكم حاكم بمحضر ؛ كوقف فيه شروط ، ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت ، وجب ثبوته ، والعمل به إن أمكن . وقال أيضا : لو أقر الموقوف عليه ، أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقدارا معلوما ، ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر ، حكم له بمقتضى شرط الواقف ، ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم . انتهى .

تنبيه : ظاهر قوله : وإخراج من شاء بصفة ، وإدخاله بصفة . أن الواقف لو شرط للناظر إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف ، وإدخال غيره بصفة منهم ، جاز ؛ لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ، وإنما هو تعليق الاستحقاق بصفة ، فكانه جعل له حقا في الوقف ، إذا اتصف بإرادة الناظر ليعطيه ، ولم يجعل

له حقًا ، إذا انتفت تلك الصفة فيه . وإن شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف ،
ويُدخل من شاء من غيرهم ، لم يصح ؛ لأنه شرط يُنافي مقتضى الوقف ، فأفسده ،
كما لو شرط أن لا يُنتفع به . قال ذلك المصنف ومن تابعه . وقدمه في « الفروع » .
وقال الحارثي : فرّق المصنف بين المسألتين ، قال : والفرق لا يتجّه . وقال الشيخ
تقي الدين : كل متصرف بولاية إذا قيل : يفعل ما يشاء . فإنما هو لمصلحة
شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه ، وما يراه مطلقًا ، فشرط باطل ،
لمخالفته الشرع ، وغايته أن يكون شرطًا مباحًا ، وهو باطل على الصحيح
المشهور ، حتى لو تساوى فعّلان ، عمل بالقرعة . وإذا قيل هنا بالتخيير ، فله
وجه .

فوائد ؛ الأولى ، يتعين مضرّف الوقف إلى الجهة المعنية له . على الصحيح
من المذهب ، ونقله الجماعة . قدمه في « الفروع » وغيره ، وقطع به أكثرهم ،
وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقي الدين : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو
أصلح منه ، وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان ، حتى لو وقف على الفقهاء ،
والصوفيّة ، واحتاج الناس إلى الجهاد ، صُرف إلى الجند . وقيل : إن سبّل ماء
للشرب ، جاز الوضوء منه . قال في « الفروع » : فشرب ماء موقوف للوضوء
يتوجّه عليه ، وأولى . وقال الأجرى في الفرس الحبيس : لا يُعيّره ولا يُوجّره
إلا لتفّع الفرس ، ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعته
لهم ، أو غيظة للعدوّ ، وتقدم وجه بتحريم الوضوء من ماء زمزم . قال في
« الفروع » : فعلى نجاسة المنفصل واضح ، وقيل : لمخالفة شرط الواقف ،
أنه لو سبّل ماء للشرب ، في كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان في « فتاوى ابن

الزَّاعُونِيَّ» وغيرها . وعنه ، يجوزُ إخراجُ بُسْطِ الْمَسْجِدِ وحُصْرِهِ لِمَنْ يَنْتَظِرُ الْجِنَازَةَ . وأما رُكُوبُ الدَّابَّةِ لَعَلْفِهَا وَسَقْيُهَا ، فيجوزُ . نقله الشَّالَنْجِي . وجزم به في « الفروع » وغيره . الثانيةُ ، إذا شرط الواقفُ لناظرِهِ أَجْرَةً ، فكُلِّفَتْهُ عَلَيْهِ حَتَّى تَبْقَى أَجْرَةٌ مِثْلُهُ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نصَّ عَلَيْهِ . وقَدَّمَهُ في « الفروع » . وقال الْمُصَنِّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ : كُلِّفَتْهُ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ . قيلَ لِلشَّيْخِ تَقِيُّ الدِّينِ : فَلهِ الْعَادَةُ بِلا شَرْطٍ ؟ فقال : ليس له إِلَّا ما يُقَابِلُ عَمَلَهُ . وتقدَّم في بابِ الْحَجَرِ ، إذا لم يَشْرُطِ الْوَاقِفُ لِلنَّاظِرِ أَجْرَةً ، هل له الْأَخْذُ أَمْ لا ؟ الثالثةُ ، قال الْحَارِثِيُّ : إذا أَسْنَدَ النَّظَرَ إِلَى اثْنَيْنِ ، لم يَتَصَرَّفْ أَحَدُهُمَا بِذَوْنِ شَرْطٍ . وكذا إن جَعَلَهُ الْحَاكِمُ أَوْ النَّظَرَ إِلَيْهِمَا . وأما إذا شَرَطَهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ اثْنَيْنِ ، اسْتَقْلَلَ كُلُّهُمَا بِالتَّصَرُّفِ ؛ لاسْتِقْلَالِ كُلِّهِمَا بِالنَّظَرِ . وقال في « الْمُعْنَى »^(١) : إذا كان الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ نَاظِرًا ؛ أَمَّا بِالشَّرْطِ ، وَإِمَّا لانتِفَاءِ نَاظِرٍ مَشْرُوطٍ ، وكانَ وَاحِدًا ، اسْتَقْلَلَ بِهِ ، وإن كانوا جَمَاعَةً ، فَالنَّظَرُ لِلْجَمِيعِ ، كُلُّ إِنْسَانٍ فِي حِصَّتِهِ . انتهى . قال الْحَارِثِيُّ : والأَظْهَرُ أَنَّ الْوَاحِدَ مِنْهُمْ فِي حَالَةِ الشَّرْطِ لَا يَسْتَقِلُّ بِحِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ مُسْنَدًا إِلَى الْجَمِيعِ ، فَوَجِبَ الشَّرْكَةُ فِي مُطْلَقِ النَّظَرِ ، فَمَا مِنْ نَظَرٍ^(٢) إِلَّا وَهُوَ مُشْتَرَكٌ . وإنَّ أَسْنَدَهُ إِلَى عَدَّتَيْنِ مِنْ وَلَدِهِ ، فلم يُوجَدْ إِلَّا وَاحِدٌ ، أَوْ أَبِي أَحَدُهُمَا ، أَوْ مَاتَ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ لم يَرْضَ بِوَاحِدٍ ، وإنَّ جَعَلَ كِلَاهُمَا مُسْتَقِلًّا ، لم يَخْتِجْ إِلَى إِقَامَةِ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ مُسْتَعْنَى عَنْهُ ، وَاللَّفْظُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وإنَّ أَسْنَدَهُ إِلَى الْأَفْضَلِ فَالْأَفْضَلُ مِنْ وَلَدِهِ ، وَأَبَى الْأَفْضَلُ الْقَبُولَ ، فَهَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْحَاكِمِ

(١) الْمُعْنَى ٢٣٧/٨ .

(٢) فِي ط : « نَاظِرٌ » .

مُدَّة بَقَائِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَلِيهِ ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي فِيهِمَا إِذَا رَدَّ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : وَهِيَ قَرْيَةٌ مِمَّا إِذَا عَصَلَ [٢٤٦/٢ ط] الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ ، هَلْ تَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَى الْحَاكِمِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَلِيهِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ . وَإِنْ تَعَيَّنَ أَحَدُهُمْ لِفَضْلِهِ ، ثُمَّ صَارَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ ، انْتَقَلَ إِلَيْهِ لَوْجُودِ الشَّرْطِ فِيهِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ تَنَازَعَ نَاضِرَانِ فِي نَصَبِ إِمَامَةٍ ؛ نَصَبَ أَحَدُهُمَا زَيْدًا ، وَالْآخَرَ عُمَرَا ؛ إِنْ لَمْ يَسْتَقْبَلَا ، لَمْ تَنْعَقِدِ الْوِلَايَةُ ؛ لِانْتِفَاءِ شَرْطِهَا ، وَإِنْ اسْتَقْبَلَا وَتَعَاقَبَا ، انْعَقَدَتْ لِلْأَسْبَقِ ، وَإِنْ اتَّحَدَا وَاسْتَوَى الْمَنْصُوبَانِ ، قُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ . الْخَامِسَةُ ، تَشْتَمِلُ عَلَى أَحْكَامِ جَمْعَةٍ مِنْ أَحْكَامِ النَّاضِرِ ؛ إِذَا عَزَلَ الْوَاقِفُ مَنْ شَرَطَ النَّظَرَ لَهُ ، لَمْ يَنْعَزِلْ ، إِلَّا أَنْ يَشْرُطَ لِنَفْسِهِ وَِلَايَةَ الْعَزْلِ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » . وَلَوْ مَاتَ هَذَا النَّاضِرُ فِي حَيَاةِ الْوَاقِفِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْوَاقِفُ نَصَبَ نَاضِرٍ بِدُونِ شَرْطِ ، وَانْتَقَلَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ وَفَاةِ الْوَاقِفِ ، فَكَذَلِكَ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ جَعَلَهُ لْغَيْرِهِ ، أَوْ فَوَّضَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ أَسَنَدَهُ ، فَهَلْ لَهُ عَزْلُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ عَزْلُهُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فَقَالَ : وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ كَذَا بِشَرْطِ أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ زَيْدٌ . أَوْ : عَلَى أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ . أَوْ قَالَ عَقِبَهُ : جَعَلْتُهُ نَاضِرًا فِيهِ . أَوْ جَعَلَ النَّظَرَ لَهُ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَمْلِكْ عَزْلُهُ . وَإِنْ شَرَطَهُ لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ جَعَلَهُ لَزَيْدٍ ، أَوْ قَالَ : جَعَلْتُ نَظْرِي لَهُ . أَوْ : فَوَّضْتُ إِلَيْهِ مَا أُمْلِكُهُ مِنَ النَّظَرِ . أَوْ : أَسَنَدْتُهُ إِلَيْهِ . فَلَهُ عَزْلُهُ ، وَيَحْتَمِلُ عَدَمَهُ . انْتَهَى . قَالَ الْحَارِثِيُّ : إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى جِهَةٍ لَا تَنْحَصِرُ كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى مَسْجِدٍ ، أَوْ مَدْرَسَةٍ ، أَوْ قَنْطَرَةٍ ، أَوْ رِبَاطٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالنَّظَرُ لِلْحَاكِمِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهٌ ، أَنَّهُ

للوفاقير . وبه قال هلال الرأى^(١) ، من الحنفية . قال الحارثي : وهو الأقوى . فعليه ، له نصب ناظر من جهته ، ويكون نائباً عنه ، يملك عزله متى شاء ؛ لأصالة ولايته ، فكان منصوبه نائباً عنه ، كما في الملك المطلق . وله الوصية بالنظر ؛ لأصالة الولاية ، إذا قيل بنظره له أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك . انتهى . والوجه الثاني ، ليس له عزله . وهو الاحتمال الذي في « الرعاية » . وللناظر بالأصالة أن ينصب ويعزل أيضاً بشرطه . والمراد بالناظر بالأصالة الموقوف عليه ، أو الحاكم . قاله القاضي محب الدين ابن نصر الله . وأما الناظر المشروط ، فليس له نصب ناظر ؛ لأن نظره مستفاد بالشرط ، ولم يُشرط النصب له . وإن قيل برواية توكيل الوكيل ، كان له بالأولى ؛ لتأكيد ولايته من جهة انتفاء عزله بالعزل ، وليس له الوصية بالنظر أيضاً . نص عليه في رواية الأثرم ؛ لأنه إنما ينظر بالشرط ، ولم يُشرط الإيصاء له ، خلافاً للحنفية . ومن شرط لغيره النظر إن مات ، فعزل نفسه أو فسق ، فهو كموته ؛ لأن تخصيصه للغالب . ذكره الشيخ تقي الدين . قال في « الفروع » : ويتوجه ، لا . وقال : ولو قال : النظر بعده له . فهل هو كذلك ، أو المراد بعد نظره ؟ يتوجه وجهان . انتهى . وللناظر التقرير في الوظائف . قال في « الفروع » : قاله الأصحاب في ناظر المسجد . قال الحارثي : المشروط له نظر المسجد ، له نصب من يقوم بوظائفه ؛ من إمام ، ومؤذن ، وقيم ، وغيرهم ، كما أن لناظر الموقوف عليه نصب من يقوم بمصلحته ؛ من جاب ونحوه . وإن لم يُشرط ناظر ، لم يكن للواقف ولاية النصب . نص عليه في رواية حرب ، وابن بختان . قال الحارثي : ويحتمل خلافه على ما تقدم . فعلى الأول ، للإمام ولاية

(١) هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري ، لقب بالرأى لسعة علمه وكثرة فقهه . له « مصنف في الشروط » ، و « أحكام الوقف » . توفي سنة خمس وأربعين ومائتين . الجواهر المضية ٣/ ٥٧٢ ، ٥٧٣ .

النَّصَبِ ؛ لَأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ . وَقَالَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » : إِنْ كَانَ الْمَسْجِدُ كَبِيرًا ؛ كَالْجَوَامِعِ ، وَمَاعَظَمَ وَكَثُرَ أَهْلُهُ ، فَلَا يُؤْمُ فِيهَا إِلَّا مَنْ نَدَبَهُ السُّلْطَانُ ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمَسَاجِدِ الَّتِي بَيْنَ أَهْلِ الشُّوَارِعِ وَالْقَبَائِلِ ، فَلَا اغْتِرَاضَ عَلَيْهِمْ ، وَالْإِمَامَةُ فِيهَا لِمَنْ اتَّفَقُوا عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ لَهُمْ بَعْدَ الرِّضَا بِهِ عَزْلُهُ عَنْ إِمَامَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَغَيَّرَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْإِمَامِ النَّصَبَ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يَنْصَبُ مَنْ لَا يَرْضَاهُ الْجِيرَانُ ، وَكَذَلِكَ النَّظِيرُ الْخَاصُّ لَا يَنْصَبُ مَنْ لَا يَرْضَوْنَهُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ أَيْضًا : وَهَلْ لِأَهْلِ الْمَسْجِدِ نَصَبٌ نَظِيرٌ فِي مَصَالِحِهِ وَوَقْفِهِ ؟ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ ، كَمَا فِي نَصَبِ الْإِمَامِ وَالْمُؤَدِّنِ . هَذَا إِذَا وَجَدَ نَائِبٌ مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يُوجَدْ ؛ كَمَا فِي الْقُرَى الصَّغَارِ أَوِ الْأَمَاكِنِ النَّائِيَةِ ، أَوْ وَجَدَ ، وَكَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، أَوْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ نَصَبُ مَنْ لَيْسَ مَأْمُونًا ، فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ لَهُمُ النَّصَبَ ؛ تَخْصِيْلًا لِلْعَرَضِ ، وَدَفْعًا لِلْمَفْسَدَةِ . وَكَذَا مَاعِدَاهُ مِنَ الْأَوْقَافِ ، لِأَهْلِ ذَلِكَ الْوَقْفِ ، أَوِ الْجِهَةِ نَصَبُ نَظِيرٍ فِيهِ كَذَلِكَ . وَإِنْ تَعَدَّرَ [٢٤٧/٢ ر] النَّصَبُ مِنْ جِهَةِ هَؤُلَاءِ ، فَلَرَّئِيسِ الْقَرْيَةِ أَوِ الْمَكَانِ ، النَّظَرُ وَالتَّصَرُّفُ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ حَاجَةٍ . وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مِثْلِهِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَذَكَرَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » أَنَّ الْإِمَامَ يَقَرِّرُ فِي الْجَوَامِعِ الْكِبَارِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الْاسْتِخْفَاقُ عَلَى نَصْبِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ ، وَلَا نَظَرَ لَغَيْرِ النَّظِيرِ مَعَهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ ، وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَبِتَوَجُّهُ مَعَ حُضُورِهِ ، فَيَقَرِّرُ حَاكِمٌ فِي وَظِيفَةٍ خَلَّتْ فِي غَيْبَتِهِ ، لِمَافِهِ مِنَ الْقِيَامِ بِلَفْظِ الْوَاقِفِ فِي الْمُبَاشَرَةِ وَدَوَامِ نَفْعِهِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيدُهُ . وَلَا حُجَّةَ فِي تَوَلِيَةِ الْأَثَمَةِ مَعَ الْبُعْدِ ؛ لِمَنْعِهِمْ غَيْرَهُمُ التَّوَلِيَةَ . فَتَنْظِيرُهُ مَنَعَ الْوَاقِفِ التَّوَلِيَةَ لَعَيَّةِ النَّظِيرِ ، وَلَوْ سَبَقَ تَوَلِيَةُ نَظِيرٍ غَائِبٍ ، قُدِّمَتْ . وَلِلْحَاكِمِ النَّظَرُ الْعَامُّ ، فَيَعْتَرِضُ عَلَيْهِ ، إِنْ فَعَلَ مَا لَا يَسُوغُ ، وَلَهُ ضَمُّ أَمِينٍ مَعَ تَفْرِيطِهِ أَوْ تَهَمَّتِهِ ، يَحْصُلُ

به المَقْصُودُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ أَيضًا : وَمَنْ ثَبِتَ فِسْقُهُ ، أَوْ
أَصْرٌ مُتَصَرِّفًا بِخِلَافِ الشَّرْطِ الصَّحِيحِ ، عَالِمًا بِتَحْرِيمِهِ ، قُدِّرَ فِيهِ ؛ فَإِمَّا أَنْ
يَنْعَزِلَ ، أَوْ يُعْزَلَ ، أَوْ يُضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ ، عَلَى الْخِلَافِ الْمَشْهُورِ ، ثُمَّ إِنْ صَارَ هُوَ أَوْ
الْوَصِيُّ أَهْلًا ، عَادَ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ ، وَكَالْمَوْصُوفِ . وَقَالَ أَيضًا : مَتَى فَرَطَ ،
سَقَطَ مِمَّا لَهُ بِقَدْرِ مَا قُوَّتَهُ مِنَ الْوَاجِبِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَوْ عُزِلَ
عَنْ وَظِيفَتِهِ لِلْفِسْقِ ، مَثَلًا ، ثُمَّ تَابَ ، وَأَظْهَرَ الْعَدَالَةَ ، يَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ فِيهَا مَا قِيلَ
فِي مَسْأَلَةِ الشَّهَادَةِ ، أَوْ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ تَهْمَةَ الْإِنْسَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَصْلَحَتِهِ أَبْلَغُ مِنْهَا
فِي حَقِّ الْغَيْرِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَهُ بِالْخِلَافِ الْمَشْهُورِ ، مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي
الْمَوْصَى إِلَيْهِ ، إِذَا فَسَقَ ، هَلْ يَنْعَزِلُ أَوْ يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي . ^(١) وَيَأْتِي
بَيَانُ ذَلِكَ أَيضًا قَرِيبًا ، فِي الْفَائِدَةِ السَّابِعَةِ ^(١) . وَقَالَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » :
يَسْتَحِقُّ مَالَهُ ، إِنْ كَانَ مَعْلُومًا ، فَإِنْ قَصُرَ ، فَتَرَكَ بَعْضَ الْعَمَلِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ مَا قَابَلَهُ ،
وإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ مِنْهُ ، اسْتَحَقَّهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الزِّيَادَةَ . وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا ، فَأُجْرَةُ
مِثْلِهِ ، فَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا فِي الدِّيَوَانِ ، وَعَمِلَ بِهِ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ لَمْ
يُسَمَّ لَهُ شَيْئًا ، فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، إِنْ كَانَ مَشْهُورًا بِأَخْذِ الْجَارِي
عَلَى عَمَلِهِ ، فَلَهُ جَارِي مِثْلِهِ ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَلَهُ الْأَجْرُ مِنْ وَقْتِ نَظَرِهِ فِيهِ .
قَالَ الْأَصْحَابُ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَمَنْ أَطْلَقَ النَّظَرَ
لِحَاكِمٍ ، شَمِلَ أَيْ حَاكِمٍ كَانَ ؛ سِوَاءَ كَانَ مَذْهَبُهُ مَذْهَبَ حَاكِمِ الْبَلَدِ زَمَنَ
الْوَقْفِ ، أَوْ لَا ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ نَظَرٌ ، إِذَا انْفَرَدَ ، وَهُوَ بَاطِلٌ اتِّفَاقًا . وَقَدْ أَقْبَى الشَّيْخُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

نَصْرُ اللَّهِ الْحَنْبَلِيُّ، وَالشَّيْخُ بُرْهَانُ الدِّينِ ^(١) وَلَدُ صَاحِبِ «الْفُرُوعِ»، فِي وَقْفٍ شَرَطَ وَاقْفَهُ أَنْ النَّظَرَ فِيهِ لِحَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ؛ كَاثِنًا مَنْ كَانَ، بِأَنَّ الْحُكَّامَ إِذَا تَعَدَّدُوا، يَكُونُ النَّظَرُ فِيهِ لِلسُّلْطَانِ، يُؤَلِّيه مَنْ شَاءَ مِنَ الْمُتَأَهِّلِينَ لَذَلِكَ. وَوَاقِعٌ عَلَى ذَلِكَ الْقَاضِي سِرَاجُ الدِّينِ ابْنُ الْبُلْقِينِي ^(٢)، وَشَهَابُ الدِّينِ الْبَاغُونِي ^(٣)، وَابْنُ الْهَائِمِ ^(٤)، وَالتَّفْهِنِيُّ الْحَنْفِيُّ ^(٥)، وَالْبَسَاطِيُّ الْمَالِكِيُّ ^(٦). وَقَالَ الْقَاضِي نَجْمُ الدِّينِ ابْنُ حِجِّي ^(٧)، نَقْلًا وَمُوَافَقَةً لِلْمُتَأَخِّرِينَ: إِنْ كَانَ صَادِرًا مِنَ الْوَاقِفِ قَبْلَ

(١) هو إبراهيم بن محمد بن مفلح تقي الدين، ويقال: برهان الدين، يعرف كأبيه بابن مفلح، أخذ عن أبيه، وولى قضاء الحنابلة بدمشق، وكان إماماً فاضلاً بارعاً، فقيهاً، عالماً بمذهبه. توفي سنة ثلاثين وثمانمائة. السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، لابن حميد الحنبلي ق ٨.

(٢) عمر بن رسلان بن نصير، البلقيني، سراج الدين، أبو حفص. إمام محدث حافظ فقيه مفسر، تولى قضاء دمشق، صنف حواش على المهمات على «الروضة» في فروع الفقه الشافعي وغيره. توفي سنة خمس وثمانمائة. الضوء اللامع ٦/٨٥ - ٩٠.

(٣) إبراهيم بن أحمد بن ناصر الدمشقي الباغوني، برهان الدين، شيخ الأدب في البلاد الشامية، عرض عليه القضاء بدمشق بإلحاح فأبى، وكان يعتنق بقاضى القضاة، له مصنفات منها «مختصر الصحاح» للجوهري. توفي سنة سبعين وثمانمائة. الأعلام ٢٣/١.

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن عماد المقدسي، محب الدين، أبو الفتح ابن الهائم. مصرى الأصل اشتغل بالفقه والحديث، وخرج لنفسه ولغيره، صنف «الغرر المضية في شرح نظم الدرر السنية» وهو شرح لألفية العراقي في نظم السيرة النبوية. توفي سنة ثمان وتسعين وسبعمائة. شذرات الذهب ٦/٣٥٥.

(٥) عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن بن علي التفهني الحنفى، زين الدين، قاضى القضاة، مهر فى الفقه والعربية والمعاني، وناب فى الحكم، وولى التدريس، ثم قضاء الحنفية، فباشره مباشرة حسنة. توفي سنة خمس وثلاثين وثمانمائة. بغية الوعاة ٢/٨٤.

(٦) هو محمد بن أحمد بن عثمان الطائى البساطى، شمس الدين، أبو عبد الله. فقيه مالكي، تولى القضاء بالديار المصرية، صنف «المغنى» فى الفقه، و«شفاء الغليل فى مختصر خليل». توفي سنة اثنتين وأربعين وثمانمائة. شذرات الذهب ٧/٢٤٥.

(٧) أحمد بن حجي بن موسى بن أحمد السعدى الدمشقي، شهاب الدين. حافظ مؤرخ، يلقب بمؤرخ الإسلام، انتهت إليه مشيخة الشيوخ فى البلاد الشامية، وصنف كتباً جليلاً. توفي سنة ثمانمائة وستة عشر. الأعلام ١/١٠٥.

حُدُوثِ الْقَضَاةِ الثَّلَاثَةِ ، فَالْمُرَادُ الشَّافِعِيُّ ، وَإِلَّا فَهُوَ الشَّافِعِيُّ أَيْضًا عَلَى الرَّاجِحِ .
 وَلَوْ فَوَّضَهُ حَاكِمٌ ، لَمْ يَجْزُ لآخرَ نَقْضِهِ . وَلَوْ وَلَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَخْصًا ، قَدَّمَ
 وَلَّى الْأَمْرَ أَحَقَّهُمَا . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَا يَجُوزُ لَوَاقِفِ شَرْطِ النَّظَرِ لِذِي
 مَذْهَبٍ مُعَيَّنٍ دَائِمًا . وَقَالَ أَيْضًا : وَمَنْ وَقَفَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءٍ ، فَلِلنَّازِلِ ثُمَّ
 الْحَاكِمِ تَقْدِيرُ أُعْطِيَتْهُمْ ، فَلَوْ زَادَ النَّمَاءُ ، فَهُوَ لَهُمْ . وَالْحُكْمُ بِتَقْدِيمِ مُدْرِّسٍ أَوْ
 غَيْرِهِ بَاطِلٌ ، لَمْ نَعْلَمْ أَحَدًا يُعْتَدُّ بِهِ قَالَ بِهِ ، وَلَا بِمَا يُشَبِّهُهُ ، وَلَوْ نَفَذَهُ حُكَّامٌ ، وَبُطْلَانُهُ
 لِمُخَالَفَتِهِ مُقْتَضَى الشَّرْطِ وَالْعُرْفِ أَيْضًا ، وَلَيْسَ تَقْدِيرُ النَّازِلِ أَمْرًا حَتْمًا كَتَقْدِيرِ
 الْحَاكِمِ ، بَحِثْ لَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا لغيرِهِ زِيَادَتُهُ وَنَقْضُهُ لِلْمَصْلَحَةِ . وَإِنْ قِيلَ : إِنْ
 الْمُدْرِّسُ لَا يَزَادُ وَلَا يَنْقُصُ بَزِيَادَةِ النَّمَاءِ وَنَقْصِهِ . كَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَهُمْ . وَالْقِيَاسُ
 أَنَّهُ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، وَلَوْ تَفَاوَتْ أَوْ فِي الْمَنْفَعَةِ ، كَالْإِمَامِ وَالْجَيْشِ فِي الْمَعْنَمِ ، لَكِنْ
 دَلُّ الْعُرْفِ عَلَى التَّفْضِيلِ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْقِيَمُ وَنَحْوُهُ ، لِأَنَّهُ مَا يَأْخُذُهُ أَجْرَةٌ ، وَلِهَذَا
 يَحْرُمُ أَخْذُهُ فَوْقَ أَجْرَةٍ مِثْلِهِ بِلَا شَرْطٍ . انْتَهَى كَلَامُهُ مُلَخَّصًا . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ
 الْمُصَنِّفِ : إِذَا وَقَفَ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَضْرَهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَجُعِلَ الْإِمَامُ
 وَالْمُوَدَّنُ كَالْقِيَمِ ، بِخِلَافِ الْمُدْرِّسِ ، وَالْمُعِيدِ ، وَالْفُقَهَاءِ ؛ فَإِنَّهُمْ مِنْ جِنْسٍ
 وَاحِدٍ . وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ فِي مُدْرِّسٍ ، وَفُقَهَاءٍ وَمُتَّفَقَةٍ ، وَإِمَامٍ ، وَقِيَمٍ ، وَنَحْوِ
 ذَلِكَ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ رَوَاتِنَا عَامِلِ زَكَاةٍ ،
 الثَّمَنُ ، أَوْ الْأَجْرَةُ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ شَرْطَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءٍ
 وَإِمَامٍ ، فَلِكُلِّ جِهَةٍ الثُّلُثُ . ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّرَفِيِّ فِي لَفْظِ الْمَنَافِعِ . قُلْتُ : يَحْتَمِلُ
 وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدًا مِنْ رَوَايَتِي مَذْفُوعِ الْعَامِلِ ، هَلْ هُوَ الثَّمَنُ ؛ اغْتِيَابًا بِالْقِسْمَةِ ،
 أَوْ أَجْرَةٍ مِثْلِهِ بِالنَّسْبَةِ ؟ انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَلَوْ عَطَّلَ مُغِلٌّ وَقَفَ مَسْجِدٍ
 سَنَةً ، تَقَسَّطَتِ الْأَجْرَةُ الْمُسْتَقْبَلَةُ عَلَيْهَا ، وَعَلَى السَّنَةِ [٢٧٢/٢ ط] الْأُخْرَى ، لَتَقَوَّمَ

الوظيفة فيهما ؛ لأنه خيرٌ من التَّعطيلِ ، ولا ينقصُ الإمامُ بسببِ تعطُّلِ الزَّرعِ بعضَ العامِ . قال في « الفروع » : فقد أَدْخَلَ مُغَلَّ سَنَةً فِي سَنَةٍ . وقد أَفْتَى غيرُ واحدٍ مِنَّا في زَمَنِنَا فيما نَقَصَ عَمَّا قَدَّرَهُ الْوَاقِفُ كُلَّ شَهْرٍ ، أَنَّهُ يُتِمُّ مِمَّا بَعْدَهُ ، وَحَكَمَ بِهِ بَعْضُهُمْ بَعْدَ سِنِينَ ، قَالَ : وَرَأَيْتُ غَيْرَ وَاحِدٍ لَا يَرَاهُ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَمَنْ لَمْ يَقُمْ بِوِظِيفَتِهِ ، عَزَلَهُ مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ لِمَنْ يَقُومُ بِهَا ، إِذَا لَمْ يُتَبَّ الْأَوَّلُ وَيَلْتَزِمَ بِالْوَاجِبِ . وَيَجِبُ أَنْ يُؤَلَّى فِي الْوِظَائِفِ وَإِمَامَةِ الْمَسَاجِدِ الْأَحَقُّ شَرْعًا ، وَأَنْ يَعْمَلَ بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ مِنْ عَمَلٍ وَاجِبٍ . وَقَالَ فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » : وَِلَايَةُ الْإِمَامَةِ بِالنَّاسِ طَرِيقُهَا الْأَوَّلَى ، لَا الْوُجُوبُ ، بِخِلَافِ وَِلَايَةِ الْقَضَاءِ وَالنَّقَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَرَاضَى النَّاسُ بِإِمَامٍ يُصَلِّي لَهُمْ ، صَحَّ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْمَ فِي الْمَسَاجِدِ السُّلْطَانِيَّةِ ، وَهِيَ الْجَوَامِعُ ، إِلَّا مَنْ وَلَّاهُ السُّلْطَانُ ؛ لِثَلَاثِ فِتَنَاتٍ عَلَيْهِ فِيمَا وَكَّلَ إِلَيْهِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : إِنْ رَضُوا بِغَيْرِهِ بِلَا عُذْرٍ ، كُرِهَ ، وَصَحَّ فِي الْمَذْهَبِ . ذَكَرَهُ فِي آخِرِ الْأَذَانِ . السَّادِسَةُ ، لَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ نَظْرًا ، وَمُدْرَسًا ، وَمُعِيدًا ، وَإِمَامًا ، فَهَلْ يَجُوزُ لِشَخْصٍ أَنْ يَقُومَ بِالْوِظَائِفِ كُلِّهَا ، وَتَنْحَصِرَ فِيهِ ؟ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ الْكَبِيرِ » بَعْدَمِ الْجَوَازِ فِي الْفَقْهِ ، بَعْدَ قَوْلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ : لَا يَتِمُّوْلُ الرَّجُلُ مِنَ السَّوَادِ . وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي « الْفَتَاوَى الْمِصْرِيَّةِ » : وَإِنْ أُمِّكَنْ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْوِظَائِفِ لِوَاحِدٍ ، فَعَلَّ . انْتَهَى . ^(١) وَتَقَدَّمَ لَابْنِ رَجَبٍ قَرِيبٌ مِنْ ذَلِكَ فِي الْفَائِدَةِ السَّابِعَةِ ^(٢) قَرِيبًا ^(٣) . السَّابِعَةُ ، يُشْتَرَطُ فِي النَّاطِرِ الْإِسْلَامُ ، وَالتَّكْلِيفُ ، وَالكِفَايَةُ فِي التَّصَرُّفِ ، وَالخِبْرَةُ بِهِ ، وَالْقُوَّةُ عَلَيْهِ . وَيُضْمُّ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « السابقة » وانظر صفحة ٤٣٨ .

إلى الضَّعِيفِ قَوِيٌّ أَمِينٌ . ثم إنَّ كان النَّظَرُ لغيرِ المَوْقُوفِ عليه ، وكانت تَوَلِيَّتُهُ مِنْ الحَاكِمِ ، أو النَّاظِرِ ، فَلابدُّ مِنْ شَرْطِ العَدَالَةِ فِيهِ . قال الحَارِثِيُّ : بغيرِ خِلَافٍ عِلْمُهُ . وإنَّ كانت تَوَلِيَّتُهُ مِنَ الواقِفِ ، وهو فاسِقٌ ، أو كان عَدْلًا ففَسَقَ ، فقال المُصَنِّفُ وجماعةٌ : يَصِحُّ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِيَّةُ الفَاسِقِ ، وَيَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ . وقال الحَارِثِيُّ : وَمِنْ مُتَأَخَّرِي الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْفَسَقِ الطَّارِئِ ، دُونَ الْمُقَارِنِ لِلْوَلَايَةِ ، وَالْعَكْسُ أَنْسَبُ ؛ فَإِنَّ فِي حَالِ الْمُقَارَنَةِ مُسَامَحَةً لِمَا يُتَوَقَّعُ مِنْهُ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الطَّرِيَانِ . انتهى . وإنَّ كان النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عليه ؛ إِمَّا بِجَعْلِ الواقِفِ النَّظَرَ لَهُ ، أو لكَوْنِهِ أَحَقَّ بِذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ نَازِرٍ ، فهو أَحَقُّ بِذَلِكَ ؛ رَجُلًا كَانَ أو امْرَأَةً ؛ عَدْلًا كَانَ أو فاسِقًا ؛ لِأَنَّهُ يَنْظُرُ لِنَفْسِهِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ . قال الحَارِثِيُّ : أَمَّا الْعَدَالَةُ ، فَلَا تُشْتَرَطُ ، وَلَكِنْ يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ عَدْلٌ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالسَّامَرِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّرْطِ ، وَحِفْظِ الْوَقْفِ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوَابُ . وَتَقَدَّمَ إِذَا كَانَ النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عليه ، وَكَانَ غَيْرَ أَهْلٍ ؛ لَصِغَرِهِ ، أَوْ سَفَهِهِ ، أَوْ جُنُونِهِ ، فَإِنَّ وَلِيَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي النَّظَرِ ، إِنَّا قُلْنَا : الْوَقْفُ يَمْلِكُهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . وَإِلَّا الْحَاكِمُ . الثَّامِنَةُ ، وَظِيفَةُ النَّاظِرِ ؛ حِفْظُ الْوَقْفِ ، وَالْعِمَارَةُ ، وَالْإِيجَارُ ، وَالزَّرَاعَةُ ، وَالْمُخَاصَمَةُ فِيهِ ، وَتَحْصِيلُ رِيعِهِ ؛ مِنْ أَجْرِهِ ، أَوْ زَرْعِهِ ، أَوْ ثَمَرِهِ ، وَالاجْتِهَادُ فِي تَنْمِيَّتِهِ ، وَصَرْفُهُ فِي جِهَاتِهِ ؛ مِنْ عِمَارَةٍ وَإِصْلَاحٍ ، وَإِعْطَاءٍ مُسْتَحَقٍّ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَهُ وَضْعُ يَدِهِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْأَصْلِ . وَلَكِنْ إِذَا شَرَطَ التَّصَرُّفُ لَهُ ، وَالْيَدُ لغيرِهِ ، أَوْ عِمَارَتُهُ إِلَى وَاحِدٍ ، وَتَحْصِيلُ رِيعِهِ إِلَى آخَرَ ، فَعَلِيَ مَا شَرَطَ . قَالَه الحَارِثِيُّ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَنَصَبُ الْمُسْتَوْفِي الْجَامِعِ لِلْعَمَالِ الْمُتَفَرِّقِينَ ، وَهُوَ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ ، وَالْمَصْلَحَةِ ، فَإِنْ لَمْ تَتِمَّ مَصْلَحَةُ قَبْضِ الْمَالِ وَصَرْفِهِ إِلَّا بِهِ ،

وَجَبَ ، وَقَدْ يُسْتَعْنَى عَنْهُ لِقَلَّةِ الْعُمَالِ . قَالَ : وَمُبَاشَرَةُ الْإِمَامِ الْمُحَاسَبَةُ بِنَفْسِهِ ، كَنَصَبِ الْإِمَامِ الْحَاكِمِ ، وَلِهَذَا كَانَ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، يُبَاشِرُ الْحُكْمَ فِي الْمَدِينَةِ بِنَفْسِهِ ، وَيُوَلِّي مَعَ الْبُعْدِ . انْتَهَى . التَّاسِعَةُ ، قَالَ الْأَصْحَابُ : لَا اعْتِرَاضَ لِأَهْلِ الْوَقْفِ عَلَى مَنْ وَلَّاهُ الْوَاقِفُ ، إِذَا كَانَ أَمِينًا ، وَلَهُمْ مَسْأَلَتُهُ عَمَّا يَحْتَاجُونَ إِلَى عَمَلِهِ مِنْ أَمْرِ وَفَقِهِمْ ، حَتَّى يَسْتَوِيَ عِلْمُهُمْ وَعِلْمُهُ فِيهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَنُصِّه ، إِذَا كَانَ مُتَّهَمًا . انْتَهَى . وَلَهُمْ مُطَالَبَتُهُ بِإِتْسَاخِ كِتَابِ الْوَقْفِ ؛ لِيَكُونَ فِي أَيْدِيهِمْ وَثِيقَةً لَهُمْ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَتَسْجِيلُ كِتَابِ الْوَقْفِ مِنَ الْوَقْفِ كَالْعَادَةِ . الْعَاشِرَةُ ، مَا يَأْخُذُهُ الْفُقَهَاءُ مِنَ الْوَقْفِ ؛ هَلْ هُوَ كَالْجَارَةِ أَوْ جَعَالَةٍ ، وَاسْتَحَقَّ بِيَعُضِ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعَقْدَ عُرْفًا ، وَهُوَ كَالرِّزْقِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ . ذَكَرَهَا الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَاخْتَارَ الْأَخِيرَ ، فَقَالَ : وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَلَيْسَ عِوَضًا وَأُجْرَةً [٢٤٨/٢] ، بَلْ رِزْقٌ لِلْإِعَانَةِ ^(١) عَلَى الطَّاعَةِ ^(٢) ، وَكَذَلِكَ الْمَالُ الْمَوْقُوفُ عَلَى أَعْمَالِ الْبِرِّ ، وَالْمَوْصَى بِهِ ، أَوْ الْمَنْذُورُ لَهُ ، لَيْسَ كَالْأُجْرَةِ وَالْجُعْلِ . انْتَهَى . قَالَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » : وَلَا يُقَالُ : إِنَّ مِنْهُ مَا يُؤْخَذُ أُجْرَةً عَنْ عَمَلٍ ، كَالْتَّذَرِيسِ وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّا نَقُولُ أَوَّلًا : لَا نُسَلِّمُ أَنَّ ذَلِكَ أُجْرَةٌ مُحْضَةٌ ، بَلْ هُوَ رِزْقٌ وَإِعَانَةٌ عَلَى طَلَبِ ^(٣) الْعِلْمِ بِهَذِهِ الْأُمُورِ . انْتَهَى . وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا قَالَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَيْضًا : مِمَّنْ أَكَلَ الْمَالَ بِالْبَاطِلِ قَوْمٌ لَهُمْ رَوَائِبُ أَضْعَافُ حَاجَتِهِمْ ، وَقَوْمٌ لَهُمْ جِهَاتٌ مَعْلُومُهَا كَثِيرٌ يَأْخُذُونَهُ وَيَسْتَنْبِئُونَ بِيَسِيرِهِ . وَقَالَ أَيْضًا : النَّيَابَةُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأَعْمَالِ الْمَشْرُوطَةِ جَائِزَةٌ ، وَلَوْ عَيْنُهُ الْوَاقِفُ ، إِذَا كَانَ النَّائِبُ مِثْلَ مُسْتَنَبِيهِ ، وَقَدْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ

(١ - ١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : ١ .

فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ ،
وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ .

٢٥٧٩ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يَشَرِطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .
وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ) النَّظَرُ فِي الْوَقْفِ لِمَنْ شَرَطَهُ
الوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ ، تَلِيَهُ مَا
عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(١) . وَلِأَنَّ مَصْرِفَ الْوَقْفِ يُتَّبَعُ فِيهِ
شَرُطُ الْوَاقِفِ ، فَكَذَلِكَ النَّظَرُ . فَإِنْ جَعَلَ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ ، جَاز ، وَإِنْ جَعَلَهُ
إِلَى غَيْرِهِ ، صَحَّ . فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْهُ إِلَى أَحَدٍ ، أَوْ جَعَلَهُ لِإِنْسَانٍ فَمَاتَ ، فَالنَّظَرُ
لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَكَانَ نَظَرُهُ إِلَيْهِ ، كَمِلْكِهِ
الْمُطْلَقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْظُرَ فِيهِ الْحَاكِمُ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ
شَيْخُنَا^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ فِيهِ هَلْ يَتَّقِلُ إِلَى

الإِنصَافِ رَاجِحَةٌ ، كَالْأَعْمَالِ الْمَشْرُوعَةِ فِي الْإِجَارَةِ عَلَى عَمَلٍ فِي الذَّمَّةِ . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ لَمْ يَشَرِطْ نَاطِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ - هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ،
بشَرَطِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ - وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ . قَطَعَ
بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَى هَذَا الْوَجْهَ
عَلَى الْقَوْلِ بِأَنْفِكَالِ الْمَوْقُوفِ عَنْ مِلْكِ الْآدَمِيِّ ، وَلَيْسَ هُوَ عِنْدِي كَذَلِكَ وَلَا بُدُّ ؛
إِذْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِحَقِّ مَنْ يَأْتِي بَعْدُ . انْتَهَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » . وَقَالَ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩١ .

(٢) في : المغنى ٢٣٧/٨ .

المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، أو إلى الله تعالى ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هو للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَالنَّظَرُ له فيه ؛ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ عَيْنَهُ وَنَفْعَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هو لله تعالى . فَالْحَاكِمُ يَتَوَلَّاهُ ، وَيَصْرِفُهُ إِلَى مَصَارِفِهِ ؛ لَأَنَّهُ مَالٌ [٢٢٢/٥] الله ، فَكَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى حَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ . فَأَمَّا الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ وَالْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، فَالنَّظَرُ فِيهِ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ مُعَيَّنٌ يَنْظُرُ فِيهِ وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَتِيبَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يُمَكِّنُهُ تَوَلَّى النَّظَرَ بِنَفْسِهِ .

فصل : ومتى كَانَ النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، إِمَّا بِجَعْلِ الْوَاقِفِ النَّظَرَ له ، أَوْ لِكَوْنِهِ أَحَقُّ بِذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ نَظَرِ سِوَاهُ ، وَ^(١) كَانَ وَاحِدًا مُكَلَّفًا رَشِيدًا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِذَلِكَ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ؛ لَأَنَّهُ يَنْظُرُ لِنَفْسِهِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، كِمِلْكِهِ الْمُطْلَقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ

المُصَنَّفُ ، وَمَنْ تَبَعَهُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ ؛ هَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، أَوْ إِلَى اللَّهِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هو للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَالنَّظَرُ فِيهِ له ، وَإِنْ قُلْنَا : هو لله تعالى . فَالنَّظَرُ لِلْحَاكِمِ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْخِلَافَ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ هُنَاكَ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ هُنَا : إِذَا قُلْنَا : النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . فَيَكُونُ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِهِ ، كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَهُمْ . انْتَهَى . فَلَعَلَّ الْمُصَنَّفَ مَا أَطْلَعَ عَلَى ذَلِكَ ، فَوَافَقَ اخْتِمَالَهُ مَا قَالُوهُ ، أَوْ تَكُونُ طَرِيقَةً أُخْرَى فِي الْمُسْلِمِ ، وَهُوَ أَقْرَبُ .

(١) فِي م : وَ أَوْ .

يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ ؛ حِفْظًا لِأَصْلِ الْوَقْفِ عَنِ الْبَيْعِ وَالتَّضْيِيعِ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ لَجَمَاعَةٍ رَشِيدِينَ ، فَالنَّظَرُ لِلْجَمِيعِ ، لِكُلِّ إِنْسَانٍ فِي حِصَّتِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ سَفِيهًا ، قَامَ وَلِيُّهُ فِي النَّظَرِ مَقَامَهُ ، كِمِلْكِهِ الْمُطْلَقِ . وَإِنْ كَانَ النَّظَرُ لغيرِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ بِتَوَلِيَةِ الْوَاقِفِ

تنبیه : محلّ الخلاف ، إذا كان الموقوف عليه مُعَيَّنًا ، أَوْ جَمْعًا مَحْضُورًا ؛ فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ غَيْرَ مَحْضُورِينَ ؛ كَالْفُقَرَاءِ ، وَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى مَسْجِدٍ ، أَوْ عَلَى مَدْرَسَةٍ ، أَوْ قَنْطَرَةٍ ، أَوْ رِبَاطٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالنَّظَرُ فِيهِ لِلْحَاكِمِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَسَأَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ عَنْ دَارِ مَوْقُوفَةٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ فَقَامَ بِأَمْرِهَا ، وَتَصَدَّقَ بِعَلَّتِهَا عَلَى الْفُقَرَاءِ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنَ هَذَا . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَفِيهِ وَجْهٌ لِلشَّافِعِيَّةِ ، أَنَّ النَّظَرَ يَكُونُ لِلوَاقِفِ . قَالَ : وَهُوَ الْأَقْوَى . قَالَ : وَعَلَى هَذَا لَهُ نَصِيبٌ نَازِلٌ مِنْ جِهَتِهِ ، وَيَكُونُ نَائِبًا عَنْهُ ، يَمْلِكُ عَزْلَهُ مَتَى شَاءَ . وَلَهُ أَيْضًا الْوَصِيَّةُ بِالنَّظَرِ ، لِأَصَالَةِ الْوِلَايَةِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ وَغَيْرُهُ بِأَتَمِّ مِنْ هَذَا قَرِيبًا .

قوله : وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ . مُرَادُهُ ، إِذَا لَمْ يُعَيَّنِ الْوَاقِفُ التَّفَقُّعَ مِنْ غَيْرِهِ . وَهُوَ وَاضِحٌ ؛ فَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ مِنْ غَلَّتِهِ ، وَإِنْ عَيَّنْهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ مِنْهُ ، بِلَا نِزَاعٍ بَيْنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَخَالَفَ الْمَالِكِيَّةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ ، فَقَالُوا : لَوْ شَرَطَ الْمَرْمَّةُ عَلَى الْمَوْقُوفِ ، لَمْ يَجُزْ ، وَوَجِبَتْ فِي الْعَلَّةِ . وَعَنْ بَعْضِهِمْ ، يُرَدُّ لِلْوَاقِفِ مَا لَمْ يُقْبَضْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَثَابَةِ الْعَوْضِ ، فَنَافِيَ مَوْضُوعِ الصَّدَقَةِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا أَقْوَى . انْتَهَى . وَإِذَا قُلْنَا : هُوَ مِنْ غَلَّتِهِ . فَلَمْ تَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ رُوحٌ أَوْ لَا ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ رُوحٌ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ عَلَى مُعَيَّنٍ أَوْ مُعَيَّنِينَ ، أَوْ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنِينَ ، فَالصَّحِيحُ مَنْ

أو الحاكم ، أو لبعض الموقوف عليهم ، لم يَجْزُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا أَمِينًا ، فإن لم يكن أمينًا ، لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم ، وأزيلت يده . وإن ولّاه الواقف وهو فاسق ، أو كان عدوًّا ففسق ، ضم إليه أمين لحفظ الوقف ، ولم تزل يده ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين . ويحتمل أن لا

المذهب ، وجوب نفقته على الموقوف عليهم . وعليه أكثر الأصحاب ؛ منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب « التلخيص » ، والحارثي ، وغيرهم . قال الحارثي : بناءً على أنه ملكهم . وذكر المصنف وجهًا بوجوبها في بيت المال . قال الحارثي : ويحسن بناؤه على انتفاء ملك الآدمي للموقوف . قال : وبه أقول . ثم إن تعذر الإنفاق من بيت المال ، أو من الموقوف عليه ، على القول بوجوبها عليه ، بيع وصرف الثمن في عين أخرى تكون وفقًا لمحل الضرورة . قاله الحارثي . قلت : فيعاني بها . وإن كان عدم الغلة لأجل أنه ليس من شأنه أن يستغل ؛ كالعبد يخدمه ، والفرس يغزو عليه ، أو يركبه ، أجز بقدر نفقته . قاله الحارثي وغيره . وهو داخل في عموم كلام المصنف . وإن كان الوقف الذي له روح على غير معين ؛ كالمساكين ، والغزاة ، ونحوهم ، فنفقته في بيت المال . ذكره القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما . قاله الحارثي . ويتجه إيجازه بقدر النفقة حيث أمكن ، ما لم يتعطل النفع الموقوف لأجله ، ثم إن تعذر ، ففي بيت المال ، وإن تعذر الإنفاق من بيت المال ، بيع ، ولا بد . قاله الحارثي . [٢٤٨/٢ ط] قلت : فيعاني بها أيضًا . وإن مات العبد ، فمؤنة تجهيزه ، على ما قلنا في نفقته ، على ما تقدم . وإن كان الوقف لا روح فيه ؛ كالعقار ونحوه ، لم تجب عمارته على أحد مطلقًا . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به الحارثي وغيره . قال في « التلخيص » : « إلا من يريد الانتفاع به ، فيعمره باختياره . وقال الشيخ تقي

تَصِحَّ تَوَلِيَّةُ الْفَاسِقِ ، وَيَنْزَعُ إِذَا فَسَقَ ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ ، فَنَافَاها الْفُسْقُ ، كَمَا لَوْ وَلَّاهُ الْحَاكِمُ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يُمْكِنْ حِفْظُ الْوَقْفِ مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وَلَايَتِهِ ، فَإِنَّ يَدَهُ تَزَالُ ؛ لِأَنَّ مُرَاعَاةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وَلَايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

فصل : وَنَفَقَةُ الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّبَعَ شَرْطُهُ فِي مَضْرَفِهِ ، وَجَبَ اتِّبَاعُهُ فِي نَفَقَتِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرَطَ ، فَمِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْيِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ

الدَّيْنِ : تَجِبُ عِمَارَةُ الْوَقْفِ بِحَسَبِ الْبُطُونِ .

فوائد ؛ الأولى ، لو احتاج الخان المسبَّل ، أو الدَّارُ الْمَوْقُوفَةُ لِسُكْنَى الْحَاجِّ أَوْ الْغَزَاةِ إِلَى مَرْمَةٍ ، أَوْ جَرَّ جُزْءٍ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ . **الثَّانِيَةُ ،** قال في « الْفُرُوعِ » : وَتُقَدَّمُ عِمَارَةُ الْوَقْفِ عَلَى أَرْبَابِ الْوُظَائِفِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا حَسَبُ الْإِمْكَانِ أَوَّلَى ، بَلْ قَدْ يَجِبُ . انتهى . وقال الْحَارِثِيُّ : عِمَارَتُهُ لَا تَخْلُو مِنْ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَشْرُطَ الْبِدَاءَ بِهَا ، كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ ، فَلَا إِشْكَالَ فِي تَقْدِيمِهَا . **الثَّانِي ،** اشْتِرَاطُ تَقْدِيمِ الْجِهَةِ عَلَيْهَا ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمُوجِبِهِ ، مَا لَمْ يُؤَدَّ إِلَى التَّعْطِيلِ ، فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ ، قُدِّمَتِ الْعِمَارَةُ ، فَيَكُونُ عَقْدُ الْوَقْفِ مُخَصَّصًا لِلشَّرْطِ . وهذا على الْقَوْلِ بِبُطْلَانِ تَأْقِيتِ الْوَقْفِ ، أَمَّا عَلَى صِحَّتِهِ ، فَتُقَدَّمُ الْجِهَةُ كَيْفَ كَانَ . **الثَّالِثُ ،** شَرَطُ الصَّرْفِ إِلَى الْجِهَةِ فِي كُلِّ شَهْرٍ كَذَا ، فَهُوَ فِي مَعْنَى اشْتِرَاطِ تَقْدِيمِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ ، فَيَتَرْتَّبُ مَا قُلْنَا فِي الثَّانِي . **الرَّابِعُ ،** إِبْقَاغُ الْوَقْفِ عَلَى فُلَانٍ ، أَوْ جِهَةٍ كَذَا ، وَيُضَرُّ لَهُ . انتهى . **الثَّالِثَةُ ،** يَجُوزُ لِلنَّاطِرِ الْأَسْتِدَانَةَ عَلَى الْوَقْفِ بِذَوْنِ إِذْنِ الْحَاكِمِ لِمَصْلَحَةٍ ؛ كَشِرَائِهِ لِلْوَقْفِ نَسِيعَةً ، أَوْ بِنَقْدٍ لِمُعَيَّنَةٍ . قَطَعَ بِهِ الْحَارِثِيُّ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ

عليه ، فهو من ضرورته . وكذلك عِمَارَةُ الْوَقْفِ ، قِيَاسًا عَلَى نَفَقَتِهِ . فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا نَذَرُوه .

في « الفروع » ، وقال : ويتوجه في فرضه مَالًا ، كَوَلِيٍّ . الرَّابِعَةُ ، لو أُجِرَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ ، ثم طَلَبَ بزيادة ، فلا فسخ ، بلا نزاع . ولو أُجِرَ الْمُتَوَلَّى ما هو على سبيل الخيرات ، ثم طَلَبَ بزيادة أيضًا ، فلا فسخ أيضًا . على الصحيح من المذهب . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفْسَخَ . ذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » . الْخَامِسَةُ ، إِذَا أُجِرَ بِدُونِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ، صَحَّ ، وَضَمِنَ النِّقْصَ ؛ ^(١) كَبَيْعِ الْوَكِيلِ بِانْقِصَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ^(٢) ، قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهَلِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِجَارَةُ الْمَوْقُوفِ بِدُونِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . السَّادِسَةُ ، يَجُوزُ صَرْفُ الْمَوْقُوفِ عَلَى عِمَارَةِ الْمَسْجِدِ ؛ كِبْنَاءِ مَنَارَتِهِ وَإِصْلَاحِهَا ، وَكَذَا بِنَاءُ مَنِيرِهِ ، وَأَنْ يَشْتَرَى مِنْهُ سُلْمًا لِلسُّطْحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ مِنْهُ ظُلْمَتَهُ . وَلَا يَجُوزُ فِي بِنَاءِ مِرْحَاضٍ ، وَلَا فِي زَخْرَفَةِ الْمَسْجِدِ ، وَلَا فِي شِرَاءِ مَكَانِسَ وَمَجَارِفَ . قَالَ الْحَارِثِيُّ . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ عَلَى مَصَالِحِ الْمَسْجِدِ ، أَوْ عَلَى الْمَسْجِدِ ، بِهَذِهِ الصَّيْغَةِ ، فَجَائِزُ صَرْفُهُ فِي نَوْعِ الْعِمَارَةِ ، وَفِي مَكَانِسَ ، وَمَجَارِفَ ، وَمَسَاجِدَ ، وَقَنَادِيلَ ، وَفُرُشَ ، وَوُقُودَ ، وَرِزْقَ إِمَامٍ ، وَمُؤَذِّنٍ ، وَقِيمٍ . وَفِي « نَوَادِرِ الْمَذْهَبِ » لِابْنِ الصَّبْرِيِّ ، مَنْعُ الصَّرْفِ مِنْهُ فِي إِمَامٍ ، أَوْ بَوَارِي ، قَالَ : لِأَنَّ ذَلِكَ مُضْلِحَةٌ لِلْمُضْلِينَ ، لَا لِلْمَسْجِدِ . وَرَدَّهُ الْحَارِثِيُّ . السَّابِعَةُ ، قَالَ فِي « نَوَادِرِ الْمَذْهَبِ » : لَوْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَى مَسْجِدٍ ، وَعَلَى إِمَامٍ يُصَلِّي فِيهِ ، كَانَ لِلإِمَامِ نِصْفُ الرِّيعِ ،

(١ - ١) زيادة من : ١ .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ لَوْلَدِهِ الذُّكُورِ
وَالْإِنَاثِ بِالسُّوِّيَّةِ ،.....

٢٥٨٠ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ
لَوْلَدِهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ) وَالْخَنَائِي ^(١) (بِالسُّوِّيَّةِ) . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ :
وَقَفْتُ [٢٢٣/٥] عَلَى أَوْلَادِي . أَوْ : عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ . لِأَنَّهُ شَرَكُ بَيْنَهُمْ ،
وَإِطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ أَقْرَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَكَوَلَدِ الْأُمِّ
فِي الْمِيرَاثِ حِينَ شَرَكُ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ فِيهِ فَقَالَ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِيهِ
الْثُلُثِ ﴾ ^(٢) . تَسَاوَوْا فِيهِ ، وَلَمْ يُفَضَّلْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَيْسَ
كَذَلِكَ فِي مِيرَاثِ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَدِ الْأَبِ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ
كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(٣) . وَلَا نَعْلَمُ فِي
هَذَا خِلَافًا .

كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو . قَالَ : وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى مَسَاجِدِ الْقَرْيَةِ ، وَعَلَى إِمَامٍ
يُصَلِّي فِي وَاحِدٍ مِنْهَا ، كَانَ الرِّيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ كُلِّ الْمَسَاجِدِ نِصْفَيْنِ . انْتَهَى . وَتَابَعَهُ
الْحَارِثِيُّ . قُلْتُ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ بِقَدْرِ مَا يَحْصُلُ لِمَسْجِدٍ وَاحِدٍ . وَلَهُ نِظَائِرُ .

قَوْلُهُ : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ لَوْلَدِهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ
بِالسُّوِّيَّةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لَكِنْ لَوْ حَدَّثَ لِلْوَقْفِ وَلَدٌ بَعْدَ وَقْفِهِ ،
فَفِي دُخُولِهِ رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، فِي
« الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَدْخُلُ مَعَهُمْ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ،

(١) فِي م : « الْحَبَالَى » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

(٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٧٦ .

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى الْمُقْنَعِ رِوَايَتَيْنِ .

٢٥٨١ - مسألة : (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي ذَلِكَ ، فَرُوي عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَوْلَادِهِ ، وَأَوْلَادِ بَنِيهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ، مَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةً تَصْرِفُهُ عَنْ ذَلِكَ ، دُونَ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ . قَالَ

وَأَقْنَى بِهِ ابْنُ الرَّاغُونِي ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَدْخُلُ مَعَهُمْ . (وَهُوَ الْمَذْهَبُ) ، قَدَّمَهُ فِي (« الْفُرُوعِ ») ، وَ (« الْمُحَرَّرِ ») ، وَ (« الرَّعَايَتَيْنِ ») ، وَ (« الْحَاوِي الصَّغِيرِ ») ، وَ (« النَّظْمِ ») ، (وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَالْوَصِيَّةُ كَذَلِكَ) .

قوله : وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا يَدْخُلُونَ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقِيلَ : يَدْخُلُونَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَإِذَا قِيلَ بِدُخُولِ وَلَدِ الْوَلَدِ ، هَلْ يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ؟ جَزَمَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ هُنَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، مَعَ إيرادِهِمُ الْخِلَافَ فِيهِ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ . كَمَا فِي الْكِتَابِ . قَالَ : وَالصُّوَابُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ ؛ فَيُطْرَدُ فِي هَذِهِ مَا فِي الْأُخْرَى ، لِتَنَاوُلِ الْوَلَدِ الْأَوْلَادِ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، فَمَا بَعْدَهُ .

(١ - ١) سقط من : ط .

المَرُودِيّ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ: مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ وَقَفَ صَبِيْعَةً عَلَى وَلَدِهِ ، فَمَاتَ الْأَوْلَادُ وَتَرَكَوا النِّسْوَةَ حَوَامِلَ ؟ فَقَالَ : كُلُّ مَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الذَّكَوْرِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أَوْ بَنِينَ ، فَالْصَّبِيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِمْ ، وَمَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ ^(١) . دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، وَلَمَّا قَالَ : ﴿ وَلَا بَوِيهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا أَلْسُدُسٌ مِّمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ . تَنَاولَ وَلَدَ الْبَنِينَ . فَالْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّ إِذَا خَلَا عَنْ قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَيُفَسَّرَ بِمَا يُفَسَّرُ بِهِ . وَلَأنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ وَلَدٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْنَى آدَمَ ﴾

قوله : وهل يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُمْ سَوَاءٌ كَانُوا مَوْجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، أَوْ لَا ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْخِلَافَ جَارٍ فِيهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرُودِيّ ، وَيُوسُفَ بْنِ مُوسَى ، وَمُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ الْمُنَادِي ^(٢) . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : [٢٤٩/٢] الْمَذْهَبُ دُخُولُهُمْ . قَالَ النَّازِمُ : وَهُوَ أَوْلَى . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَاخْتَارَهُ الْخَلَّالُ ، وَأَبُو بَكْرِ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُنَادِي » وَفِي ط : « ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمَنَاوِي » . وَهُوَ مُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدِ ابْنِ الْمُنَادِي الْبَغْدَادِي ، أَبُو جَعْفَرٍ . قَالَ ابْنُ أَبِي حَاتِمٍ : سَمِعْتُ مِنْهُ مَعَ أَبِي فَقَالَ : صَدُوقٌ . وَقَالَ غَيْرُهُ : ثِقَةٌ . تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٩/٣٢٥ - ٣٢٧ .

و: ﴿يَبْنَى إِسْرَآئِيلَ﴾ . وقال النبي ﷺ : « اَرْمُوا يَا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »^(١) . وقال : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ »^(٢) . ولأنه لو وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ بِحَالٍ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الْبَنِينَ وَلَدُ الْبَنَاتِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةٌ وَعُرْفًا إِنَّمَا هُوَ وَلَدُهُ لَصُلْبِهِ ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ وَلَدُ الْوَلَدِ وَلَدًا مَجَازًا ، وَلِهَذَا يَصِحُّ نَفْيُهُ ، فَيَقَالُ : مَا هَذَا وَلَدِي ، إِنَّمَا هُوَ وَلَدُ وَلَدِي . فَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ فَلَا يَدْخُلُونَ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ . قَالَ الشَّاعِرُ^(٣) :

بُنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا
بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

عَبْدُ الْعَزِيزِ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ ، وَالْقَاضِي فِيمَا عَلَّقَهُ بِخَطِّهِ عَلَى ظَهْرِ « خِلَافِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي بَابِ الْوَصَايَا ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : لَا يَدْخُلُونَ بِذَوْنِ قَرِيْبَةٍ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَعَنْهُ ، يَدْخُلُونَ ، إِنْ كَانُوا

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْرِيطِ عَلَى الرَّمْيِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿وَإِذْ كَرِهَ الْإِسْرَآئِيلُ...﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي : بَابِ نِسْبَةِ الْيَمَنِ إِلَى إِسْمَاعِيلَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الرَّمْيِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٩٤١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/٣٦٤ ، ٥٠/٤ .

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ نَفَى رَجُلًا مِنْ قَبِيلَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٢/٨٧١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٨٧١ .

(٣) نَسَبَ الْبَيْتَ لِلْفَرَزْدَقِ . وَهُوَ فِي : الْحَمَاسَةِ ، لِأَنِّي تَمَامَ ١/٢٧٤ . وَانْظُرْ حَاشِيَةَ دَلَائِلِ الْإِعْجَازِ ٣٧٤ .

فصل : فإن قال : على^(١) وَلَدِي لُصْلَبِي . فهو آكَدُ في اختصاصِهِ بِالْوَلَدِ [٢٢٣/٥ ظ] دُونَ وَلَدِ الْوَلَدِ . وإن قال : على وَلَدِي ، ^(٢) وَلَدِ وَلَدِي ، ثم على الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ والثَّانِي ، ولم يَدْخُلْ فِيهِ ^(٣) الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وإن قال : على وَلَدِي ، وَلَدِ وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِ وَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطُونٍ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمُطْلَقُ ، فَأَمَّا مع وجودِ دَلَالَةٍ تُصْرِفُ إِلَى أَحَدِ الْمَحْمَلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصْرِفُ إِلَيْهِ بغيرِ خِلَافٍ ، مثل أن يقولَ : على وَلَدِ فلانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ليس فِيهِمْ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ، ^(٤) فَإِنَّهُ يُصْرِفُ إِلَى وَلَدِ الْأَوْلَادِ بغيرِ خِلَافٍ . وكذلك إن قال : على أَوْلَادِي - أو - وَلَدِي . وليس له وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ . أو قال : وَيُفْضَلُ الْوَلَدُ الْأَكْبَرُ - أو - الْأَفْضَلُ - أو الْأَعْلَمُ - على غيرِهِمْ .

مَوْجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، وَإِلَّا فلا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وقال : نَصَّ عَلَيْهِ ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . ^(٥) وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ » : إِنَّ كَانَ ثُمَّ وَلَدٌ ، لم يَدْخُلْ وَلَدُ الْوَلَدِ ، وَإِنْ لم يَكُنْ وَلَدٌ ، دَخَلَ . وَاسْتَشْهَدَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ ^(٥) . وَأَطْلَقَ الْخِلَافَ فِي « الْفُرُوعِ » فِي الْمَوْجُودِينَ حَالَةَ الْوَقْفِ ، وَقَدَّمَ عَدَمَ الدُّخُولِ فِي غيرِ الْمَوْجُودِينَ . وَهَذَا مُسْتَشْنَى مِمَّا اصْطَلَحْنَا عَلَيْهِ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ .

(١) بعده في م : « ولد » .

(٢ - ٢) في الأصل : « وولدي » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) زيادة من : أ .

الشرح الكبير

أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقِبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي غَيْرِ وَلَدِ الْبَنَاتِ - أَوْ - غَيْرِ وَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفَضَّلُ الْبَطْنُ الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ . فَهَذَا يَصْرِفُ لَفْظَهُ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . فَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرِينَةٌ تَقْتَضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ لَصْلِبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي لَصْلِبِي . أَوْ : الَّذِينَ يُلُونَنِي . وَنَحْوُ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِتَعْمِيمِهِمْ ، إِمَّا لِلْقَرِينَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا : إِنَّ الْمُطْلَقَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ . وَلَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِي تَشْرِيكًا وَلَا تَرْتِيبًا ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الْجَمِيعِ عَلَى التَّشْرِيكِ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولًا وَاحِدًا ، فَوَجَبَ أَنْ يَشْتَرِكُوا فِيهِ ، كَمَا لَوْ

فَعَلَى الْقَوْلِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، قَالَ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَمْ يَدْخُلِ الْبَطْنُ الثَّلَاثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِ وَلَدِي . دَخَلَ ثَلَاثُ بَطُونٍ ، دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ وَفَّقَ رِوَايَةَ أَبِي طَالِبٍ .

تَبْيَاهَانِ ؛ الْأَوَّلُ ، حَيْثُ قُلْنَا بِدُخُولِهِمْ ، فَلَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا بَعْدَ آبَائِهِمْ مُرْتَبًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ كَقَوْلِهِمْ ^(١) : بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ . أَوْ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ . قَدَّمَ فِي « الْفَاتِقِ » ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصْحُ مُرْتَبًا . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » أَيْضًا . وَقِيلَ : يَسْتَحِقُّونَ مَعَهُمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَقَالَ فِي التَّرْتِيبِ : فَهَلْ هُوَ تَرْتِيبُ بَطْنٍ عَلَى بَطْنٍ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ

(١) فِي ط : « كَقَوْلِنَا » .

أَقَرَّ لَهُمْ بَدْنَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى التَّرْتِيبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيبِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدٍ وَلَدِهِ . فَمَاتَ وَلَدُ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَلَدًا ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوْلَدٍ مَنْ مَاتَ مِنْ وَلَدِ عَلَى بَنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ وَلَدَ الْبَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . لَمْ يَسْتَحِقَّ وَلَدُ الْبَيْنِ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيبَ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ شَيْئًا ، مَعَ وُجُودِ فَرْدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ ، أَوْ تَرْتِيبُ فَرْدٍ عَلَى فَرْدٍ ؛ فَيَسْتَحِقُّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ وَالِدِهِ بَعْدَ فَقْدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي مَنْصُوصُ أَحْمَدَ . انْتَهَى . الثَّانِي ، حُكْمُ مَا إِذَا أَوْصَى لَوْلَدِهِ فِي دُخُولِ وَلَدِ بَنِيهِ حُكْمُ الْوَقْفِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . ^(١) وَحَكَاهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » عَنْ الْأَصْحَابِ ، قَالَ : وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَصَّ عَلَى دُخُولِهِمْ . وَالْمَعْرُوفُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَقْفِ . وَأَشَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِلَى دُخُولِهِمْ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَتَأَبَّدُ ^(٢) ، وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِكُ لِلْمَوْجُودِينَ ، فَيَخْتَصُّ بِالطَّبَقَةِ الْعُلْيَا الْمَوْجُودَةِ ^(٣) .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢) فِي النسخ « يَتَأَبَّدُ » ، وَانظر : الْقَوَاعِد ٣٥٣ .

فصل : وإن رَتَّبَ فقال : وَقَفْتُ هذا على وَلَدِي ، وَلَدِ وَلَدِي ، ما تَنَاسَلُوا وَتَعاقَبُوا ، الأَعْلَى فالأَعْلَى - أو^(١) - الأقْرَبُ فالأَقْرَبُ - أو - الأوَّلُ [٢٢٤/٥] فالأَوَّلُ - أو - البَطْنُ الأوَّلُ ثم البَطْنُ الثاني - أو - على أولادِي ، ثم على أولادِ أولادِي - أو - على أولادِي ، فإذا انْقَرَضُوا فعلى أولادِ أولادِي . ^(٢) فكلُّ هذا على التَّرتِيبِ ، لا يَسْتَحِقُّ البَطْنُ الثاني شيئاً حتى يَنْقَرِضَ البَطْنُ الأوَّلُ كُلُّهُ . ومتى بَقِيَ واحدٌ مِنَ البَطْنِ الأوَّلِ كان الجميعُ له ؛ لأنَّ الوقْفَ ثَبَتَ بقوله ، فَيَتَّبَعُ فيه^(٣) مُقْتَضَى كلامِهِ . وإن قال : على أولادِي وأولادِهِمْ ، ما تَعاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، على أَنَّهُ مَنْ مات منهم عن وَلَدٍ كان ما كان جارِياً عليه جارِياً على وَلَدِهِ . كان دَلِيلًا على التَّرتِيبِ ؛ لأنَّهُ لو اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لاقتَضَى التَّسْوِيَةَ ، ولو جَعَلْنَا لَوَلَدِ الوَلَدِ سَهْمًا مثل سَهْمِ أبيه ، ثم دَفَعْنَا إليه سَهْمَ أبيه ، صار له سَهْمَانِ ، ولغيرِهِ سَهْمٌ ، وهذا يُنافِي التَّسْوِيَةَ ، ولأنَّهُ يُفْضَى إلى تَفْضِيلِ وَلَدِ الابْنِ على الابْنِ ، والظاهرُ مِنْ إِرَادَةِ الواقِفِ خِلَافُ هذا . فإذا ثَبَتَ التَّرتِيبُ فَإِنَّهُ تَرتِيبٌ بَيْنَ كُلِّ والدٍ وولَدِهِ ، وإذا مات عن وَلَدٍ انتَقَلَ إلى وَلَدِهِ سَهْمُهُ ، سواءَ بَقِيَ مِنَ البَطْنِ الأوَّلِ أَحَدٌ أو لم يَبْقَ .

فوائد : إحداهما ، لو قال : على وَلَدِ فلانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ، أو قال : على أولادِي وأولادِهِمْ . فلا تَرتِيبَ . وسأله ابنُ هانئٍ ، عن مَنْ وَقَفَ شيئاً على فلانٍ مُدَّةَ حَيَاتِهِ

(١) في م : و .

(٢-٢) في م : فعلى هذا .

(٣) سقط من : م .

فصل : وإن رَتَّبَ بَعْضَهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فقال : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي وَأَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا . أَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، يَشْتَرِكُ^(١) مَنْ شَرَكَ بَيْنَهُم بِالْوَاوِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْجَمْعِ وَالتَّشْرِيكِ ، وَيُرْتَّبُ مَنْ رَتَّبَهُ بِحَرْفِ التَّرْتِيبِ ، فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَشْتَرِكُ الْوَلَدُ وَالْوَلَدُ الْوَلَدِ ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا ، صَارَ لِمَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّانِيَةِ يَخْتَصُّ بِهِ الْوَلَدُ ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا ، صَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّالِثَةِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْبَطْنَانِ الْأَوَّلَانِ دُونَ غَيْرِهِمْ ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فِيهِ مَنْ بَعْدَهُمْ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ أَوْلَادِي عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ - أَوْ - فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَاتِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ وَلَدِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ أَخِيهِ - أَوْ - لِأَخَوَاتِهِ - أَوْ - لَوَلَدِ أَخَوَاتِهِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ . وَإِنْ قَالَ : وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . وَكَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ،

^(٢) وَلَوَلَدِهِ ؟ قَالَ : هُوَ لَهُ حَيَاتُهُ^(٢) ، فَإِذَا مَاتَ ، فَلَوَلَدِهِ . وَإِذَا قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، فَإِذَا أَنْقَرَضُوا ، فَلِلْفُقَرَاءِ . شَمَلَهُ عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : لَا يَشْمَلُهُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

فَنَصِيْبُهُ لِأَخِيهِ وَابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْوَقْفِ . ثُمَّ إِنْ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْ الْإِبْنِ عَنْ غَيْرِ [٢٢٤/٥ ظ] وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلُ الْوَقْفِ . وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْبَيْنِ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، وَخَلَّفَ أَخُوَيْهِ^(١) وَابْنِي أَخٍ لَهُ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخُوَيْهِ دُونَ ابْنِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا صَارَ نَصِيْبُهُ لهما ، فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيْبُهُ لِابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخَلِّفْ وَلَدًا ، فَإِنْ خَلَّفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيْبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النِّصْفُ ، وَلِابْنِي عَمِّهِ النِّصْفُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًّا عَلَيْهِ جَارِيًّا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ . وَكَانَ الْوَقْفُ مُرْتَبًا بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبُطُونِ كُلِّهَا ، احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ جَمِيعِ أَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَأَنَّا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيْبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالتَّشْرِيْكُ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيْبُهُ إِلَى سَائِرِ الْبَطْنِ الَّذِي

اِقْتَرَنَ بِاللَّفْظِ مَا يَقْتَضِي الدُّخُولَ ، دَخَلُوا بِإِلَّاخِلَافٍ ؛ كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي . وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، أَوْ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِ أَوْلَادِي أَبَدًا مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي . وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادٍ ، أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ، الْأَعْلَى فَا لأَعْلَى . أَوْ : تَحْجُبُ الطَّبَقَةُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِخْوَتُهُ » .

هو منه ؛ لأنهم في دَرَجَتِهِ في القُرْبِ إلى الجَدِّ^(١) الذي يَجْمَعُهُمْ ،
وَيَسْتَوِي في ذلك إِخْوَتُهُ وَبَنُو عَمِّهِ وَبَنُو عَمِّ أَبِيهِ ؛ لأنهم سواءٌ في القُرْبِ ،
ولأننا لو شَرَكْنَا بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ في نَصِيْبِهِ ، لم يَكُنْ في هذا الشَّرْطِ
فَائِدَةٌ ، والظاهرُ أَنَّهُ قَصَدَ شَيْئًا يُفِيدُ . فعلى هذا ، إن لم يَكُنْ في دَرَجَتِهِ أَحَدٌ ،
بَطُلَ هذا الشَّرْطُ ، وكان الحُكْمُ فيه كما لو لم يَذْكُرْهُ . وإن كان الْوَقْفُ
على الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، على أَنَّهُ مَنْ مات منهم عن وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إلى وَلَدِهِ ،
وَمَنْ مات عن غيرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إلى مَنْ في دَرَجَتِهِ ، ففيه ثلاثة أَوْجُهٍ ؛
أحدها ، أن يكون نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ، يَتَسَاوَوْنَ فيه ، سواءً
كانوا مِنْ بَطْنٍ واحدٍ أو مِنْ بَطْنَيْنِ ، وسواءً تَسَاوَتْ أَنْصِبَاؤُهُمْ في الْوَقْفِ
أو اختلفَتْ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا مِنْ قَبْلُ . والثاني ، أن يكون لأَهْلِ بَطْنِهِ ، سواءً

الشرح الكبير

الْعُلَيَّا الطَّبَقَةَ السُّفْلَى . وما أَشَبَّهَ هذا . وإنِ اقْتَضَى عَدَمُ الدُّخُولِ ، لم يَدْخُلُوا بلا
خِلَافٍ ، كَعَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . أو : الذين يَلُونَنِي . ونحو ذلك ، على ما يَأْتِي في
قَوْلِهِ : وَلَدِي لِصُلْبِي . الثالثة : لو قال : على أَوْلَادِي ، فإذا انْقَرَضَ أَوْلَادِي وَأَوْلَادُ
أَوْلَادِي ، فعلى الْمَسَاكِينِ . فقال في « الْمُجَرَّدِ » ، و « الكافي » : يَدْخُلُ أَوْلَادُ
الأَوْلَادِ ؛ لأنَّ اشْتِرَاطَ انْقِرَاضِهِمْ دَلِيلُ إِرَادَتِهِمْ بِالْوَقْفِ . وفي « الكافي » وَجْهٌ بَعْدَمِ
الدُّخُولِ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ لَا يَتَنَاوَلُهُمْ ، فهو مُتَقَطِّعُ الْوَسْطِ ؛ يُصْرَفُ بَعْدَ انْقِرَاضِ أَوْلَادِهِ
مَصْرُفَ الْمُتَقَطِّعِ ، فإذا انْقَرَضَ أَوْلَادُهُمْ ، صُرِفَ إلى الْمَسَاكِينِ . الرَّابِعَةُ ، قال
في « التَّلْخِصِ » : إذا جُهِلَ شَرْطُ الْوَقْفِ ، وتَعَذَّرَ الْعُثُورُ عَلَيْهِ ، قُسِمَ على أَرْبَابِهِ
بِالسُّوِيَّةِ ، فإن لم يُعْرَفُوا ، جُعِلَ كَوَقْفٍ مُطْلَقٍ لم يُذَكَّرْ مَصْرِفُهُ . انتهى . وقال

الإنصاف

(١) في م : « الجد » .

كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا ، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة ، فمات أحدُهم عن ابن ، ثم مات الثاني عن ابْنين ، فمات أحدُ الابْنين وترك أخاه وابنَ عمِّه وعمَّه وابنًا لعمِّه الحي ، فيكون نصيبه بين أخيه وابنِ عمِّه . والثالث ، أن يكون لأهل [٢٢٥/٥] بطنه من أهل الوقف ، فيكون على هذا لأخيه وابنِ عمِّه الذي مات أبوه . فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين ، وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور ، وترك الرابع ، فمات أحدُ الثلاثة عن غير ولد ، لم يكن للرابع فيه شيء ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق ، أشبه ابن عمِّهم .

فصل : وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولدٍ فنصيبه لولده ، وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف ، فهو على ما شرط . وكذلك إن كان بنون وبنات ، فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف . فهو على ما قال . وإن قال : على أولادي ، على أن يُصرف إلى البنات منه ألف ، والباقي للبنين . لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الألف ؛ لأنه جعل للبنات مسمى ، وجعل للبنين الفاضل عنه ، والحكم فيه على ما قال ؛ لأنه جعل البنات كذوى الفروض ، وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوى الفروض .

في « الكافي » : لو اختلف أرباب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ، فإن لم يكن ، تساوا فيه ؛ لأنَّ الشَّرْكَ ثَبَّتْ ، ولم يثبت التَّفْضِيلُ ، فوجبت التسوية ، كما لو

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ^(١) ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدٍ وَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْابْنَيْنِ الْمُسَمَّيْنِ ، وَعَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ الثَّالِثِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّالِثِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَدْخُلُ الثَّالِثُ فِي الْوَقْفِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : وَقَفْتُ هَذِهِ الصَّيِّعَةَ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدٍ وَلَدِي . وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُوْلَاءِ ، قَالَ : يَشْتَرِكُونَ فِي الْوَقْفِ . وَاحْتَجَّ الْقَاضِي بِأَنَّ قَوْلَهُ : وَلَدِي . يَسْتَعْرِقُ الْجِنْسَ ، فَيَعُمُّ^(٢) الْجَمِيعَ ، وَقَوْلُهُ : فُلَانٍ وَفُلَانٍ . تَأْكِيدٌ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُوجِبُ إِخْرَاجَ بَقِيَّتِهِمْ ، كَالْعَطْفِ فِي قَوْلِهِ : ﴿ مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾^(٣) . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَبْدَلَ بَعْضَ الْوَلَدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَنَاولِ لِلْجَمِيعِ ، فَاخْتَصَّ بِالْبَعْضِ الْمُبْدَلِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ . وَذَلِكَ لِأَنَّ بَدَلَ الْبَعْضِ يُوجِبُ اخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٤) . لَمَّا خَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذِّكْرِ ، اخْتَصَّ الْوُجُوبُ بِهِ . وَلَوْ قَالَ : ضَرَبْتُ زَيْدًا

شَرَّكَ بَيْنَهُمْ بَلْفَظِهِ . انْتَهَى . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : إِنْ تَعَذَّرَ الْوَقْفُ عَلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ ، وَأَمَكَّنَ النَّاسُ بَتَصَرُّفٍ مَنْ تَقَدَّمَ مِمَّنْ يُوثِقُ بِهِ ، رُجِعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَرْجَحُ مِمَّا عَدَاهُ ، وَالظَّاهِرُ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ ، وَوُقُوعُهُ عَلَى الْوَقْفِ . وَإِنْ تَعَذَّرَ ، وَكَانَ الْوَقْفُ عَلَى عِمَارَةٍ

الإيضاح

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « فيعلم » .

(٣) سورة البقرة ٩٨ .

(٤) سورة آل عمران ٩٧ .

رَأْسَهُ. أَوْ: رَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ. اخْتَصَّ الصَّرْبُ بِالرَّأْسِ ، والرُّؤْيَةُ بِالْوَجْهِ .
ومنه قولُ القائلِ : طَرَحْتُ الثِّيَابَ بَعْضَهَا فَوْقَ بَعْضٍ . فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ
[٢٢٥/٥ ط] بِالْبَعْضِ مع عُمُومِ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ . كَذَا هُنَا . وَفَارَقَ
الْعَطْفَ ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَقْتَضِي تَأْكِيدَهُ ، لَا تَخْصِيصَهُ .
وَكَلَامُ أَحْمَدَ : هُمُ شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، أَيْ يَشْتَرِكُ
أَوْلَادُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمَا وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمَا ؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ ، وَيَتَعَيَّنُ
حَمْلُ كَلَامِهِ عَلَيْهِ ؛ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ
وَفُلَانٍ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . خُرِّجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا . قَالَ
شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدٌ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ
قَبْلُ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي . يَتَنَاوَلُ نَسْلَهُ
وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهَا .

فصل : وَمَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ أَوْلَادِ غَيْرِهِ ، وَلَهُ حَمْلٌ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ
شَيْئًا قَبْلَ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا قَبْلَ انْفِصَالِهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ،
فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي مَنْ وَقَفَ نَحْلًا عَلَى قَوْمٍ وَمَا تَوَالَدُوا ، ثُمَّ

أَوْ إِصْلَاحٍ ، صُرِفَ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى قَوْمٍ ، وَثَمَّ عُرِفَ فِي مَقَادِيرِ
الصَّرْفِ ، كَفُقَهَاءِ الْمَدَارِسِ ، رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّ الْعَالِبَ وَقُوعَ الشَّرْطِ عَلَى
وَفْقِهِ . وَأَيْضًا فَلِأَصْلِ عَدَمِ تَقْيِيدِ الْوَاقِفِ ، فَيَكُونُ مُطْلَقًا ، وَالْمُطْلَقُ مِنْهُ يَثْبُتُ لَهُ
حُكْمُ الْعُرْفِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عُرْفٌ ، سُوِيَ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّشْرِيكَ ثَابِتٌ ، وَالتَّقْضِيلُ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٢٠١/٨ .

وُلِدَ مَوْلُودٌ : فَإِنْ كَانَتْ النَّخْلُ قَدْ أُبْرِتْ ، فَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ لِلأَوَّلِ ،
وإن لم تَكُنْ قَدْ أُبْرِتْ ، فَهُوَ مَعَهُمْ . وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ تَتَّبَعُ
الأَصْلَ فِي الْبَيْعِ ، وَهَذَا الْمَوْجُودُ يَسْتَحِقُّ نَصِيبَهُ مِنَ الْأَصْلِ ، فَتَتَّبَعُهُ حِصَّتُهُ
مِنَ الثَّمَرَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ذَلِكَ النَّصِيبَ مِنَ الْأَصْلِ ، وَبَعْدَ التَّأْيِيرِ لَا تَتَّبَعُ
الأَصْلَ ، وَيَسْتَحِقُّهَا مَنْ كَانَ لَهُ الْأَصْلُ ، فَكَانَتْ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَانَ
كُلَّهُ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ ثَمَرَتَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ هَذَا النَّصِيبَ مِنْهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ الْمَوْلُودُ
مِنْهَا شَيْئًا ، كَالْمُشْتَرِي . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الثَّمَرِ الظَّاهِرِ عَلَى الشَّجَرِ ،
لَا يَسْتَحِقُّ الْمَوْلُودُ مِنْهُ شَيْئًا ، وَيَسْتَحِقُّ مِمَّا ظَهَرَ بَعْدَ وِلَادَتِهِ . وَإِنْ كَانَ
الْوَقْفُ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يَسْتَحِقُّهُ الْبَائِعُ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ
الْمُشْتَرِي ، فَلِلْمَوْلُودِ حِصَّتُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلُودَ يَتَجَدَّدُ اسْتِحْقَاقُهُ لِلأَصْلِ
كَتَجَدُّدِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي فِيهِ .

لم يُثَبِّتْ . انتهى . وقال : وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ نَحْوَهُ [٢٤٩/٢ ط] . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ
الدِّينِ ، أَنَّهُ يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ
فِي « شَرْحِهِ » : إِذَا ضَاعَ كِتَابُ الْوَقْفِ وَشَرْطُهُ ، وَاخْتَلَفُوا فِي التَّفْضِيلِ وَعَدَمِهِ ،
اِحْتَمَلَ أَنْ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّفْضِيلِ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُفْضَلَ بَيْنَهُمْ ؛
لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ يَجْعَلُهُ عَلَى حَسَبِ إِرْثِهِمْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانُوا أَجَانِبَ ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي
التَّسْوِيَةَ وَيُنْكِرُ التَّفَاوُتَ . انتهى .

تنبيه : يَأْتِي فِي بَابِ الْهَبَةِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، هَلْ تَجُوزُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَوْلَادِ ،
أَمْ لَا ؟ وَهَلْ تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ ، أَمْ الْمُسْتَحَبُّ أَنْ تَكُونَ عَلَى حَسَبِ الْإِمْرَاثِ ؟

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ
الْبَيْنِ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِي
الْوَصِيَّةِ ، يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَهَذَا مِثْلُهُ .

٢٥٨٢ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ)
أَوْ نَسْلِهِ (دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ) بغيرِ خِلافٍ عَلِمْنَاهُ . وَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ ،
فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَحَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ :
مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ . فَهَذَا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعَدَّى
إِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُورًا^(١) فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ
وَلَمْ يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِهِ . وَمِمَّنْ قَالَ : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ الَّذِي
عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ؛ مَالِكٌ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ :
عَلَى ذُرِّيَّتِهِ وَنَسْلِهِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ [٢٢٦/٥] فِي الْوَصِيَّةِ ،

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدَ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ .
بِلاَ نزاعٍ^(٢) فِي عَقِبِهِ أَوْ ذُرِّيَّتِهِ . وَأَمَّا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، فَهَلْ يَشْمَلُ
أَوْلَادَ الْوَلَدِ الثَّانِي ، وَالثَّلَاثِ ، وَهَلُمَّ جَرًّا ؟ تَقَدَّمَ عَنِ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفِ ،
وَالشَّارِحِ ، وَغَيْرِهِمْ ، أَنَّهُ لَا يَشْمَلُ غَيْرَ الْمَذْكُورِينَ .

وقوله : وَنُقِلَ عَنْهُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِ وَلَدِهِ ، أَوْ
قَالَ : عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي وَإِنْ سَفَلُوا . فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ ، أَنَّ أَوْلَادَ
الْبَنَاتِ لَا يَدْخُلُونَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي م : « مَقْصُودًا » .

(٢) (٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ أ .

المتنع وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ .

الشرح الكبير وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَهَذَا مِثْلُهُ (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ) يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ؛ لِأَنَّ الْبَنَاتِ أَوْلَادُهُ ، فَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ حَقِيقَةً ، فَيَجِبُ أَنْ يَدْخُلُوا فِي اللَّفْظِ ؛ لِتَنَازُلِهِ لَهُمْ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ ^(١) . وَهُوَ وَلَدُ بَنْتِهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ إِبْرَاهِيمَ وَعِيسَى وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَءِيلَ ﴾ ^(٢) . وَعِيسَى مَعَهُمْ ، وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلَّلِيلُ أَبْنَائِكُمْ ﴾ ^(٣) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَائِلُ أَبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ ابْنِي هَذَا

الإنصاف وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَإِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ وَلَدِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْوَقْفِ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِهِ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : مَفْهُومُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَهُوَ أَشْهَرُ الرُّوَايَاتِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَ « الْجَامِعِ » ، وَالشَّيْخُ الرَّازِيُّ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ الصَّغِيرِ » . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَشْمَلْ وَلَدُ بَنَاتِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ .

(١) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) سورة مريم ٥٨ .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

سَيِّدٌ»^(١) . وَوَجْهَ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(٢) . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ وَقَدْ صَارَ وَاقِبِيَّةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ :

بُنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا بَنُوهُمْ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

اخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، و«الْمُسْتَوْعِبِ» ، و«الْخُلَاصَةِ» ، و«التَّلْخِصِ» ، و«الْفُرُوعِ» . وَصَحَّحَهُ فِي «تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ» . قَالَ فِي «الْفَائِقِ» : اخْتَارَهُ الْخَرْقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيْخَانُ - يَعْنِي بَعْدَ الْمُصَنَّفِ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ - وَهُوَ ظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، يَدْخُلُونَ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَهَذَا مِثْلُهُ . قُلْتُ : بَلْ هِيَ هُنَا رِوَايَةٌ مَنْصُوصَةٌ مِنْ رِوَايَةِ حَرْبٍ . قَالَ فِي «الْقَوَاعِدِ» : وَمَالَ إِلَيْهِ صَاحِبُ «الْمُعْنَى» . وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّيْخِ رَازِيٍّ . قَالَ الشَّارِحُ : الْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ، أَصَحُّ ، وَأَقْوَى دَلِيلًا . وَصَحَّحَهُ النَّازِمُ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، فِي الْوَصِيَّةِ ، وَصَاحِبُ «الْفَائِقِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «مُنْتَخَبِ الْأَدَمِيِّ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، و«الرَّعَايَتَيْنِ» ، و«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي «تَذَكِيرَتِهِ» . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ» . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصْلِي . فَلَا يَدْخُلُونَ . وَهِيَ

(١) تقدم تخريجه في ٢٨٨/٧ .

(٢) سورة النساء ١١ .

وقولهم : إِنَّهُمْ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ حَقِيقَةً . قلنا : « إِنَّهُمْ لَا » يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْوَاقِفِ عُرْفًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : أَوْلَادُ أَوْلَادِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَيَّ . لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْوَقْفِ . وَلَأنَّ وَلَدَ الْهَاشِمِيَّةِ مِنْ غَيْرِ الْهَاشِمِيِّ لَيْسَ بِهَاشِمِيٍّ ، وَلَا يَنْتَسِبُ إِلَى أَبِيهَا . وَأَمَّا عَيْسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَسَبٌ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ ، فَنُسِبَ إِلَى أُمِّهِ ^(١) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ أَيْنِي هَذَا سَيِّدٌ » . مجازٌ بِالِاتِّفَاقِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ ^(٢) . وَالْقَوْلُ بِأَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَصَحُّ وَأَقْوَى دَلِيلًا ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ حَقِيقَةً . فَأَمَّا قِيَّاسُهُمْ عَلَى مَا إِذَا كَانُوا قَبِيلَةً ، فَيُفَارِقُ مَا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ وَلَيْسُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الْبَنَاتُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَ عَلَى بَنِي إِنْسَانٍ حَتَّى أَوْ مَيِّتٍ ، وَلَيْسُوا قَبِيلَةً . وَقِيَّاسُهُمْ عَلَى مَا إِذَا قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي وَلَدِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَيَّ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُمْ خَرَجُوا مِنَ الْوَقْفِ لَكَوْنِهِمْ لَا يَنْتَسِبُونَ . وَبَاقِي الْأَدِلَّةِ ضَعِيفَةٌ جَدًّا .

الإِنصَافُ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : فَإِنْ قَالَ : لَصُلْبِي . لَمْ يَدْخُلُوا ، وَجْهًا وَاحِدًا . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » : فَإِنْ قِيدَ فَقَالَ : لَصُلْبِي . أَوْ قَالَ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ . فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ . وَحَكَّى الْقَاضِي ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، إِذَا قَالَ : وَلَدِي وَلَدِي لَصُلْبِي . أَنَّهُ يَدْخُلُ

(١ - ١) فِي م : « لَأَنَّهُمْ » .

(٢) فِي م : « اللَّهُ » .

(٣) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٤٠ .

إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي فَلَا يَدْخُلُونَ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٨٣ - مسألة : فإن قال : (على وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي) أو -
الْمُنْتَسِبِينَ إِلَى . لم يَدْخُلْ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَالْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يُوجَدْ

فيه وَلَدُ بَنَاتِهِ لَصُلْبِهِ ؛ لِأَنَّ بِنْتَ صُلْبِهِ وَلَدُهُ حَقِيقَةٌ ، بِخِلَافِ وَلَدٍ وَلَدِهَا . قال
الحارثيُّ : وقولُ الإمامِ أحمدَ : لَصُلْبِهِ . قد يُريدُ به وَلَدُ الْبَنِينَ ، كما هو المرادُ من إيرادِ
المُصَنِّفِ عن أبي بَكْرٍ ؛ فَلَا يَدْخُلُونَ ؛ جَعَلًا لَوَلَدِ الْبَنِينَ وَلَدَ الظَّهَرِ ، وَلَدِ الْبَنَاتِ
وَلَدَ الْبَطْنِ ، فَلَا يَكُونُ نَصًّا فِي الْمَسْأَلَةِ . وقد يُريدُ به وَلَدُ الْبِنْتِ الَّتِي تَلِيهِ ، فَيَكُونُ
نَصًّا ، وَهُوَ الظَّاهِرُ . انتهى . وفي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ رَابِعٍ بِدُخُولِ وَلَدِ بَنَاتِهِ لَصُلْبِهِ ، دُونَ
وَلَدِ وَلَدِهِنَّ .

تنبيه : ما تقدَّم مِنَ الْخِلَافِ ، إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ وَلَدِهِ ، أَوْ قَالَ :
عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . وكذا الْحُكْمُ ، وَالْخِلَافُ ، وَالْمَذْهَبُ إِذَا وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ أَوْ
ذُرِّيَّتِهِ ، كما قال المُصَنِّفُ ، عِنْدَ جَمَاهِيرِ الْأَصْحَابِ . وَمَنْ قَالَ بَعْدَ الدُّخُولِ هُنَا
أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ بَكْرٍ وَسِ . قاله الحارثيُّ ، وقال :
قال مالكٌ بالدُّخُولِ فِي الذُّرِّيَّةِ دُونَ الْعَقَبِ ، وَبِهِ أَقُولُ . وكذلك القاضي في بابِ
الْوَصَايَا مِنْ « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّرِيفَانِ ؛ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالزَّيْدِيُّ ،
وَأَبُو الْفَرَجِ الشَّيرَازِيُّ قَالُوا بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْعَقَبِ . انتهى . قال في « الْفُرُوعِ » ،
بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ وَلَدَ وَلَدِهِ وَعَقِبَهُ وَذُرِّيَّتَهُ : وعنه ، يَشْمَلُهُمْ غَيْرَ وَلَدٍ وَلَدِهِ . وقال في
« التَّبَصُّرَةِ » : يَشْمَلُ الذُّرِّيَّةَ ، وَأَنَّ الْخِلَافَ فِي وَلَدٍ وَلَدِهِ .

تنبيهان : الأوَّلُ ، حَكَى الْمُصَنِّفُ هُنَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا :
يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدٍ وَلَدِي لَصُلْبِي . وكذا حَكَاهُ عَنْهُمَا
أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وكذا حَكَاهُ الْقَاضِي عَنْهُمَا فِيمَا حَكَاهُ صَاحِبُ

[٢٢٦/٥ ظ] ما يدلُّ على تَعْيِينِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ، فَأَمَّا إِنْ وُجِدَ مَا يَصْرِفُ اللَّفْظَ إِلَى أَحَدِهِمَا أَنْصَرَفَ إِلَيْهِ . فلو قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن لَوَلَدَ الْبَنَاتِ سَهْمًا ، وَلَوَلَدَ الْبَنِينَ سَهْمَيْنِ . أو قال : فإذا خَلَتِ الْأَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ إِلَى مَنْ قَبْلَ أَبِي أَوْ أُمِّ ، كانَ لِلْمَسَاكِينِ . أو كانَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ أَوْلَادِهِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ بَنَاتٌ ، ونحوُ هَذَا مِمَّا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْوَقْفِ ، دَخَلُوا فِي الْوَقْفِ . وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَى^(١) - أو - غير ذَوَى الْأَرْحَامِ . أو نحو ذلك . لم يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وإن قال : على وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ ، وأولادِهِمْ . دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وكذلك إن قال : عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ فَتَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ . وإن قال الهاشِمِيُّ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، وأولاد أولادى الهاشِمِيِّينَ . لم يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ مِنْ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ

الإِنصاف « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » . وَحَكَى الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَالْقَاضِي فِي « الرُّوَايَتَيْنِ » ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، وَابْنَ حَامِدٍ ، اخْتَارَا دُخُولَهُمْ مُطْلَقًا ، كَالرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ [٢٥٠/٢ و] . وَقَالَ ابْنُ الْبَنَّا فِي « الْخِصَالِ » : اخْتَارَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ ، يَدْخُلُونَ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي وَلَدِي لَصُلْبِي . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَكَذَا فِي « الْمُعْنَى » الْقَدِيمِ فِيمَا أَظُنُّ . الثَّانِي ، مَحَلُّ الْخِلَافِ ، مَعَ عَدَمِ الْقَرِينَةِ . أَمَّا إِنْ كَانَ مَعَهُ مَا يَقْتَضِي الْإِخْرَاجَ ، فَلَا دُخُولَ ، بِلَا خِلَافٍ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ ؛ كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَيَّ . وَنَحْوُ ذَلِكَ . وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي اللَّفْظِ مَا يَقْتَضِي الدُّخُولَ ، فَإِنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ،

مَنْ كَانَ غَيْرَ هَاشِمِيٍّ . فَأَمَّا مَنْ كَانَ هَاشِمِيًّا مِنْ غَيْرِ أَوْلَادِ بَنِيهِ ، فَهَلْ يَدْخُلُونَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ^(١) ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِيهِمُ الصَّفَتَانِ جَمِيعًا ، كَوْنُهُمْ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَكَوْنُهُمْ هَاشِمِيِّينَ . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي مُطْلَقِ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَقُلْ : الْهَاشِمِيِّينَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، مِمَّنْ يُنْسَبُ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ .

بِلا خِلَافٍ . قَالَه الْأَصْحَابُ ؛ كَقَوْلِهِ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لَوْلَدِ الْإِنَاثِ سَهْمًا ، وَلَوْلَدِ الذُّكُورِ سَهْمَيْنِ . أَوْ : عَلَى أَوْلَادِي ؛ فُلَانٍ ، وَفُلَانٍ ، وَفُلَانَةٍ ، وَأَوْلَادِهِمْ ، وَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ إِلَى مَنْ قَبْلَ أَبِي أَوْ أُمِّ ، فَلِلْمَسَاكِينِ . أَوْ : عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ فَتَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ . وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ مِنْ أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى الثَّانِي ، وَالثَّلَاثِ ، وَأَوْلَادِهِمْ . وَالْبَطْنُ الْأَوَّلُ بَنَاتٌ ، فَكَذَلِكَ يَدْخُلُونَ ، بِلا خِلَافٍ .

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، لَفْظُ : النَّسْلِ ، كَلَفْظِ : الْعَقَبِ ، وَالذُّرِّيَّةِ فِي إِفَادَةِ وَلَدِ الْوَلَدِ ؛ قَرِيْبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ . وَكَذَا دُخُولُ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَعَدَمُهُ ، عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، كَمَا قَالَ فِي الْعَقَبِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ السَّامَرِيِّ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ خِلَافَهُ ، أَوْرَدَهُ فِي الْوَصَايَا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ قَالَ : عَلَى بَنِي بَنِيٍّ . أَوْ : بَنِي بَنِي فُلَانٍ . فَكَأَوْلَادِ أَوْلَادِي . وَأَوْلَادِ أَوْلَادِ فُلَانٍ . وَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ ، فَقَالَ الْحَارِثِيُّ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ هُنَا ، أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ مُطْلَقًا .

(١) فِي م : « أَوَّلَاهُمَا » .

فصل : والمُستَحَبُّ أَنْ يَقْسِمَ الْوَقْفَ عَلَى أَوْلَادِهِ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثَ بَيْنَهُمْ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى . وقال القاضي : الْمُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقُرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصَالٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ ، كَالْعَطِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكَرَ فِي مَظَنَّةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرَ مِنَ الْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْعَادَةِ يَتَزَوَّجُ ، وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ ، فَالذَّكَرُ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يُنْفِقُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ، وَلَا تَلْزُمُهَا نَفَقَةُ أَوْلَادِهَا ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ تَعَالَى الذَّكَرَ عَلَى الْأُنْثَى

الثَّالِثَةُ ، الْحَفِيدُ يَقْعُ عَلَى وَلَدِ الْابْنِ وَالْبِنْتِ ، وَكَذَلِكَ السَّبْتُ ؛ وَلَدُ الْابْنِ وَالْبِنْتِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ قَالَ الْهَاشِمِيُّ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْهَاشِمِيِّينَ . لَمْ يَدْخُلْ مِنْ أَوْلَادِ بَنْتِهِ مَنْ لَيْسَ هَاشِمِيًّا ، وَالْهَاشِمِيُّ مِنْهُمْ فِي دُخُولِهِ وَجْهَان . ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ ، وَبَنَاهَا الْقَاضِي عَلَى الْخِلَافِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، ثُمَّ قَالَ الْمُصَنِّفُ : أَوْلَاهَا الدُّخُولُ . مُعَلَّلًا بِوُجُودِ الشَّرْطَيْنِ ؛ وَصَفُ كَوْنِهِ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَوَصْفُ كَوْنِهِ هَاشِمِيًّا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، عَدَمُ الدُّخُولِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْفَائِقِ » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْمُتَنَسِّبِينَ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ . الْخَامِسَةُ ، تَجَدُّدُ حَقِّ الْحَمْلِ بِوَضْعِهِ ؛ مِنْ ثَمَرٍ وَزَرْعٍ ، كَمُشْتَرٍ . نَقَلَهُ الْمَرْوُذِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْحَارِثِيُّ » ، وَقَالَ : ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْأَوْلَادِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ جَعْفَرٌ ، يَسْتَحَقُّ مِنْ زَرْعٍ قَبْلَ بُلُوغِهِ الْحَصَادَ ، وَمِنْ نَخْلٍ لَمْ يُؤَبَّرْ ، فَإِنْ بَلَغَ الزَّرْعُ الْحَصَادَ ، أَوْ أُبْرِى النَّخْلُ ، لَمْ يَسْتَحَقَّ مِنْهُ شَيْءٌ . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُبْهَجِ » ،

الشرح الكبير

في الميراثِ على وَفْقِ هذا المَعْنَى ، فَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُ به ، وَيَتَعَدَّى إلى الْوَقْفِ وَالْعَطَايَا وَالصَّلَاتِ . وما ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا أَصْلَ لَهُ ، وَهُوَ مُلْعَى بِالْمِيرَاثِ وَالْعَطِيَّةِ . وَإِنْ خَالَفَ فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، أَوْ فَضَّلَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْبَنِينَ أَوْ بَعْضَ الْبَنَاتِ عَلَى بَعْضٍ ، أَوْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ [٢٢٧/٥] مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الْأَثَرَةِ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ لَهُ عِيَالٌ وَبِهِ حَاجَةٌ . يَعْنِي فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ دُونَ الْمُسْتَعْنِيَةِ مِنْهُنَّ بِصَدَقَتِهِ^(١) . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، لَوْ خَصَّ الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَوْلَادِهِ بِوَقْفِهِ ، تَحْرِيطًا لَهُمْ عَلَى « طَلَبِ الْعِلْمِ » ، أَوْ ذَا الدِّينِ دُونَ الْفَسَّاقِ ، أَوْ الْمَرِيضِ ، أَوْ مَنْ لَهُ فَضِيلَةٌ مِنْ أَجْلِ فَضِيلَتِهِ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ^(٢) . وَحَدِيثُ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ :

و « الْقَوَاعِدِ » ، وَقَالَ : وَكَذَلِكَ الْأَصْحَابُ صَرَّحُوا بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمُؤَبَّرِ وَغَيْرِهِ هُنَا ؛ مِنْهُمْ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ؛ مُعَلِّلِينَ بِتَبَعِيَّةِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ فِي الْعَقْدِ ، فَكَذَا فِي الْأَسْتِحْقَاقِ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : يُسْتَحَقُّ قَبْلَ حَصَادِهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الثَّمَرَةُ لِلْمَوْجُودِ عِنْدَ التَّأْيِيرِ أَوْ بُدُو الصَّلَاحِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُشَبِّهُ الْحَمْلَ ، إِنْ قَدِمَ إِلَى ثَغْرِ مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ ، أَوْ خَرَجَ مِنْهُ إِلَى بَلَدٍ

(١) تقدم تخرجه في صفحة ٤٤٢ .

(٢) (٢-٢) في م : « طلبه » .

(٣) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٢/٢ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ،
 إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثٌ ، أَنْ ثَمَعًا وَ (١) صِرْمَةً بَنَ الْأَكْوَعَ (٢) وَ (٣) الْعَبْدُ الَّذِي
 فِيهِ ، وَالْمِائَةُ سَهْمٍ الَّتِي بِخَبِيرٍ ، وَرَقِيقَهُ الَّذِي فِيهِ ، الَّذِي أَطْعَمَهُ مُحَمَّدٌ ﷺ
 بِالْوَادِ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَنْ لَا يُبَاعَ
 وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ وَذَوَى الْقُرْبَى ،
 لَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ آكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ . رَوَاهُ أَبُو
 دَاوُدَ (٤) . فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دُونَ إِخْوَتِهَا وَأَخَوَاتِهَا .

مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ فِيهِ . نَقَلَهُ يَغْقُوبُ . وَقِيَاسُهُ ، مَنْ نَزَلَ فِي مَدْرَسَةٍ وَنَحْوِهِ . وَقَالَ ابْنُ
 عَبْدِ الْقَوِيِّ : وَلِقَائِلُ أَنْ يَقُولَ : لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ وَاقِفَ الْمَدْرَسَةِ وَنَحْوَهَا جَعَلَ
 رَيْعَ الْوَقْفِ فِي السَّنَةِ (٥) ، كَالْجُعْلِ عَلَى اشْتِغَالِ مَنْ هُوَ فِي الْمَدْرَسَةِ عَامًا ، فَيَنْبَغِي
 أَنْ يَسْتَحَقَّ بِقَدْرِ عَمَلِهِ مِنَ السَّنَةِ مِنْ رَيْعِ الْوَقْفِ فِي السَّنَةِ ؛ لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى أَنْ يَحْضُرَ
 الْإِنْسَانُ شَهْرًا ، مَثَلًا ، فَيَأْخُذَ مَعْلًا جَمِيعَ الْوَقْفِ ، وَيَحْضُرَ غَيْرُهُ بَاقِيَ السَّنَةِ بَعْدَ
 ظُهُورِ الثَّمَرَةِ (٥) ، فَلَا يَسْتَحَقُّ شَيْئًا . وَهَذَا يَأْبَاهُ مُقْتَضَى الْوَقْفِ وَمَقَاصِدُهَا .
 انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يَسْتَحَقُّ بِحَصَّتِهِ مِنْ مَعْلِهِ . وَقَالَ : مَنْ جَعَلَهُ
 كَالْوَلَدِ ، فَقَدْ أَخْطَأَ .

(١ - ١) صرمة بن الأكوع : مال كان لعمر بن الخطاب في المدينة وقفه . والصرمة هي القطعة الخفيفة من
 النخل . وقيل من الإبل . (النهاية لابن الأثير ٢٦/٣) .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٠ .

(٤) في ط : « المدرسة » .

(٥) في النسخ : « العشرة » .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِي فُلَانٍ [١٥٥] فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةٌ ، المقنع

الشرح الكبير

٢٥٨٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِي فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةٌ) دُونَ الْإِنَاثِ وَالْخَنَائِي عِنْدَ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : هُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى بَنِي فُلَانٍ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : إِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ ، وَإِنْ كُنْ إِنَاثًا لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، وَدَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ ، كَلَفَظِ الْمُسْلِمِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَ الْبَيْنِ يَخْتَصُّ الذُّكُورَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَمْ آتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُمْ بِالْبَنِينَ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ ^(٤) . وَقَدْ أَخْبَرْنَا أَنَّهُمْ لَا يَشْتَهُونَ الْبَنَاتِ ، فَقَالَ : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَنَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ ﴾ ^(٥) . وَإِنَّمَا دَخَلُوا فِي الْأَسْمِ إِذَا صَارُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِي فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ . إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، وَقَالَ ذَلِكَ ،

(١) سورة الصافات ١٥٣ .

(٢) سورة الزخرف ١٦ .

(٣) سورة آل عمران ١٤ .

(٤) سورة الكهف ٤٦ .

(٥) سورة النحل ٥٧ .

إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ .

الاسم نُقِلَ فيهم عن الحَقِيقَةِ إلى العُرفِ ، ولهذا تقولُ المرأةُ : أنا من بَنِي فلانٍ . [٢٢٧/٥ ط] إذا انْتَسَبَتْ إلى القَبِيلَةِ ، ولا تقولُ ذلك إذا انْتَسَبَتْ إلى أبيها . فأما إن وَقَفَ على بَنَاتِهِ ، أو وَصَّى لِهِنَّ ، دَخَلَ فِيهِ البَنَاتُ دُونَ غَيْرِهِنَّ ، ولا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الخُنْتُ المُشْكِلُ ؛ لأنَّهُ لا يُعْلَمُ كونه أنثى . لا نَعْلَمُ في ذلك خِلَافًا .

٢٥٨٥ - مسألة : (إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ) أما إذا وَقَفَ على بَنِي فلانٍ ، أو وَلَدِ فلانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، كَبَنِي هَاشِمٍ ، وَتَمِيمٍ ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى والخُنْتُ ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، ولا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ اسْمَ القَبِيلَةِ يَشْتَمِلُ ذَكَرَهَا وَأُنْثَاهَا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ ^(١) . ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ ^(٢) يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَرُوي أَنَّ جَوَارِي بَنِي النَّجَّارِ قُلْنَ :

اخْتَصَّ بِهِ الذَّكَورُ ، بِلا نزاعٍ ، وإنْ كانوا قَبِيلَةً ، فَجَزَمَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ دُخُولِ أَوْلَادِ النِّسَاءِ مِنْ غَيْرِهِمْ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْوَجِيزِ » . وَقِيلَ بِدُخُولِهِمْ . قَدَّمَهُ في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَاتِقِ » .

(١) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٢) سورة الإسراء ٧٠ .

وَأَنَّ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ
أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَتَجَاوَزْ
بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى بَنَى هَاشِمٍ . وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ
قَبْلِ أُمِّهِ فِي حَيَاتِهِ صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَارِ يَا حَبَّذَا مُحَمَّدٌ مِنْ جَارٍ^(١)
ويقال : امْرَأَةٌ مِنْ بَنَى هَاشِمٍ . وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ فِيهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ
لَا يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْقَبِيلَةِ .

٢٥٨٦ - مسألة : (وَأَنَّ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ
لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
لَمْ يُجَاوِزْ بَنَى هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا
وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، صُرِفَ الْوَقْفُ إِلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ
وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ أَبِيهِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، وَلَا يَنْصَرِفُ

قوله : وَأَنَّ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ مِنْ أَوْلَادِهِ ،
وَأَوْلَادِ أَبِيهِ ، وَجَدِّهِ أَبِيهِ . يَعْنِي ، بِالسُّوِّيَّةِ بَيْنَ كَبِيرِهِمْ وَصَغِيرِهِمْ ،
وَذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ ، وَغَنِيَّتِهِمْ وَفَقِيرِهِمْ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛
الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّرِيفِينَ ؛ أَيْ جَعْفَرٍ ،
وَالزَّيْدِيُّ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، وَالْقَاضِي ، وَعَامَّةِ

(١) انظر : سبل الهدى والرشاد ٣/ ٣٩٠ .

إلى مَنْ هو أَبَعْدُ مِنْهُمْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى ﴾ ^(١) . يَعْنِي قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَعْطَى النَّبِيَّ ﷺ أَوْلَادَهُ وَأَوْلَادَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ وَأَوْلَادَ هَاشِمٍ ، ذَكَرَهُمْ وَأَنْثَاهُمْ ، وَلَمْ يُعْطِ مَنْ هُوَ أَبَعْدُ مِنْهُمْ ، كَبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ شَيْئًا ، إِلَّا أَنَّهُ أَعْطَى بَنِي الْمُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ ، وَعَلَّلَ عَطِيَّتَهُمْ بِأَنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُوا بَنِي هَاشِمٍ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ ^(٢) . وَلَمْ يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّهِ ، وَهُمْ بَنُو زُهْرَةَ شَيْئًا ، وَلَمْ يُعْطِ مِنْهُمْ إِلَّا مُسْلِمًا . فَحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ الْوَاقِفِ عَلَى مَا حُمِلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَبِيهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ، وَذَكَرَهُمْ وَأَنْثَاهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَشْمَلُهُمْ ، وَبَيْنَ الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ ، وَالْعَنِيِّ وَالْفَقِيرِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْكُفَّارُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحِقِّ مِنْ قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ .

الشرح الكبير

أَصْحَابِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي [٢٥٠/٢] ظ » الصَّغِيرِ ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَخْتَصُّ بَوْلَدِهِ وَقَرَابَةَ أَبِيهِ ، وَإِنْ عَلَا مُطْلَقًا . اخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فَعَلِيَ هَذِهِ الرَّوَايَةُ ، يُعْطَى مَنْ يُعْرِفُ بَقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ الَّذِينَ يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى . انْتَهَى . وَمِثَالُهُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ الْمُصَنِّفِ ؛ وَهُوَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ قُدَامَةَ بْنِ مُقْدَامِ بْنِ

الإيضاح

(١) سورة الحشر ٧ .

(٢) انظر ما تقدم في ٣٠٧/٧ .

وقد [٢٢٨/٥] نقل عبد الله، وصالح، عن أبيهما رواية أخرى، أنه يُصْرَفُ إلى قرابة أمه، إن كان يصلهم في حياته؛ كما خوته من أمه، وأخواله، وخالاته، وإن كان لا يصلهم في حياته، لم يُعْطُوا شيئاً؛ لأنَّ صلته إياهم في حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه. وعنه رواية ثالثة، أنه يُجَاوِزُ بها أربعة آباء. ذكرها ابن أبي موسى في «الإرشاد»، وهي تدلُّ على أن لفظه لا يَتَقَيَّدُ بالقيد الذي ذكرناه. فعلى هذا، يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بقرابته من قبل أبيه وأمّه، الذين يَنْتَسِبُونَ إلى الأب الأدنى. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنَّهم قرابة، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الاسمُ، وَيَدْخُلُونَ في عُمُومِهِ. وإعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصاً لا يَمْنَعُ مِنَ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ في غير هذا الموضع. وقال أبو حنيفة: قرابته كلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، فَيُعْطَى مِنْ أَدْنَاهُمْ اثْنَانِ فِصَاعِدًا، فإذا كان له عمٌّ وخالان، أُعْطِيَ عَمُّهُ النِّصْفَ وخالاه النِّصْفَ. هكذا رَوَى عنه فيما إذا أَوْصَى لقرابته.

نَصَرِ، فَاَلْمُسْتَحِقُّونَ هُمُ الْمُتَنَسِبُونَ إِلَى قُدَامَةٍ؛ لِأَنَّهُ الْأَبُ الَّذِي اسْتَهْرَ انْتِسَابُ الْمُصَنَّفِ إِلَيْهِ. وقال في «الهداية»: مثل أن يكون من وَلَدِ الْمَهْدِيِّ، فَيُعْطَى كُلُّ مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَى الْمَهْدِيِّ. ومثل في «المذهب» بما إذا كان من وَلَدِ الْمُتَوَكِّلِ. ومثل في «المستوعب» بما إذا كان من وَلَدِ الْعَبَّاسِ. وعنه، يَخْتَصُّ بِثَلَاثَةِ آبَاءٍ فَقَطْ. فعليها، لا يُعْطَى الْوَلَدُ شَيْئاً. قال القاضي: أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة. قال المصنف وغيره: وليس بشيء. وعنه، يَخْتَصُّ مِنْهُمْ مَنْ يَصِلُهُ. نقله ابن هانئ وغيره. وصححه القاضي، وجماعة. ونقل صالح، إن وصل أغنياءهم أعطوا، وإلا فالفقراء أولى. وأخذ منه الحارثي عدم دخولهم في كل لفظ

وقال قتادة : للأعمام الثلثان ، وللأخوال الثلث . وهو قول الحسن . قال : ويزاد الأقرب بعض الزيادة . وقال مالك : يُقسَّم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد . ولنا ، أن هذا له عُرفٌ في الشرع ، وهو ما ذكرناه ، فيجب حمله عليه وتقديمه على العُرف اللعوي ، كالوضوء والصلاة والصوم والحج ، ولا وجه لتخصيصه بذى الرِّحم المَحْرَم ، فإنَّ اسم القرابة يقع على غيرهم عُرفاً وشرعاً ، وقد يُحرَّم على الرجل ربيته وأمّهات

عام . واختار أبو محمد الجوزي أن القرابة مُختَصَّة بقرابة أبيه إلى أربعة آباء . قال الزركشي : وشذَّ ابن الزاغوني في « وجيزه » بأن أعطى أربعة آباء الواقف ؛ فأدخل جدَّ الجد ، فعلى هذا ، لا يُدفع إلى الولد . قال : وهو مُخالفٌ للأصحاب . انتهى . قلت : نقل صالح ، القرابة ؛ تُعطى أربعة آباء . وقد قال في « الخلاصة » : وإن وصَّى لأقاربه ، دخل في الوصية الأب والجد وأبو الجد ، وجدَّ الجد ، وأولادهم . قال في « الرعاية » : لو وقف على قرابته ، شمل أولاده ، وأولاد أبيه ، وجدَّه ، وجدَّ أبيه . وعنه ، وجدَّ جدَّه . فكلام الزركشي فيه شيء ؛ وهو أنه شذَّ مَنْ قال ذلك ، وقد نقله صالح عن أحمد ، وحكم على القول بذلك ، بأن لا يُدفع إلى الولد شيء . وليس ذلك في كلام ابن الزاغوني ، بل المُصرَّحُ به في كلام مَنْ قال بقوله خلاف ذلك ، وهو صاحب « الخلاصة » ، وظاهر الرواية التي في « الرعاية » . وقيل : قرابته كآله . على ما يأتي . وعنه ، إن كان يصل قرابته من قبل أمه في حياته ، صُرف إليه ، وإلا فلا . قال الحارثي : وهذه عنه أشهر . واختارها القاضي أبو الحسين وغيره ، وقالوا : هي أصح . وقيل : تدخل قرابة أمه ؛ سواء كان يصلهم ، أو لا . قال الزركشي : وكلام ابن الزاغوني في « الوجيز » يقتضي أنه رواية .

الشرح الكبير

نِسَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَحِلُّ لَهُ ابْنَةُ عَمِّهِ وَخَالَهِ ، وَهُنَّ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّفْضِيلِ ^(١) لَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَاَلْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ قَرَابَةِ أُمِّهِ ، كَقَوْلِهِ : وَتُفَضَّلُ قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أَبِي عَلَى قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا ابْنُ خَالَتِي فَلَانًا . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةٍ تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عَمِلَ بِمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ عَنْ ظَاهِرِهِ إِلَى غَيْرِهِ .

الإنصاف

فعلى هذا ، والذي قبله ، يَدْخُلُ إِخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَأَوْلَادُهُمْ ، وَأَخْوَالُهُ وَخَالَاتُهُ وَأَوْلَادُهُمْ . وَهَلْ يَتَقَيَّدُ بِأَرْبَعَةِ آبَاءٍ أَيْضًا ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْحَارِثِيُّ . وَفِي « الْكَافِي » اِحْتِمَالٌ بِدُخُولِ كُلِّ مَنْ عُرِفَ بِقَرَابَتِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِأَرْبَعَةِ آبَاءٍ . وَنَحْوُهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَكَذَلِكَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّد » . قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ نَازِمٌ الْمُفْرَدَاتِ :

مَنْ يُوصِ لِلْقَرِيبِ ، قُلٌّ : لَا يَدْخُلُ مِنْهُمْ سِوَى مَنْ فِي الْحَيَاةِ يَصِلُ
فَإِنْ تَكُنْ صِلَاتُهُ مُنْقَطِعَةً قَرَابَةُ الْأُمِّ إِذَنْ مُتَنَبِّعَةً
وَعَمِّ الْبَاقِي مِنَ الْأَقَارِبِ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ ، وَلِأَتَوَارِبِ
وَفِي الْقَرِيبِ كَافِرٌ لَا يَدْخُلُ وَعَنْ أَهْمَلِ قَرِينَةٍ يَنْعَزِلُ

تَنْبِيهِ : الْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْمُوصَى لَهُ : إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبِ قَرَاتِهِ . وَالْوَقْفُ كَذَلِكَ . فَانْقُلْ مَا يَأْتِي هُنَاكَ إِلَى هُنَا .

(١) فِي ر ١ : « التَّفْصِيل » .

المقنع وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ .

الشرح الكبير

٢٥٨٧ - مسألة : (وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ . وقال الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ) الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ أَهْلَ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بثلث ماله لأَهْلِ بَيْتِهِ ، فَهُوَ بِمَثَابَةِ قَوْلِهِ : لِقَرَابَتِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَقَالَ : [٢٢٨/٥ ظ] قَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِي وَلِأَهْلِ بَيْتِي »^(١) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى لَهُمْ عَوَضًا عَنِ الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمُ اللَّهُ تَعَالَى هُمْ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَذْكُرُكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ : قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نَسَاؤُهُ ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ أَلْ عَلِيٌّ ، وَآلُ

الإنصاف

قوله : وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ . هذا المذهب ، نصٌّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ . وَاخْتَارَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوْزِيُّ ، أَنَّ أَهْلَ بَيْتِهِ كَقَرَابَةِ آبَائِهِ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٢٤/٧ .

عَقِيلٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ عَبَّاسٍ^(١) . قَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ
الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ الرَّجُلِ وَأَوْلَادُهُمْ ، كَالْأَجْدَادِ وَالْأَعْمَامِ
وَأَوْلَادِهِمْ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ
الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ وَلَا أَهْلُ بَيْتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ ،
فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ ، وَأُعْطُوا
مِنْ سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهُمْ أَقْرَبُ أَقَارِبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقَارِبِهِ ؟
وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَلَدَيْهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ،
فَاذْهَبْ عَنْهُمْ الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا »^(٢) . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ
رَجُلٍ ، أَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ^(٣) ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ .
وَالْخَرَقِيُّ قَدْ عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : لَا يُجَاوِزُ بِهِ أَرْبَعَةَ آبَاءٍ^(٤) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى . فَجَعَلَ هَاشِمًا الْأَبَ
الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ
رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ أُمَّهُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ ، فَكَذَلِكَ أَقَارِبُهَا
مِنْ أَوْلَادِهَا وَأَبْوَيْهَا وَإِخْوَتِهَا وَأَخَوَاتِهَا .

وَاخْتَارَ الشُّيرَازِيُّ ، أَنَّهُ يُعْطَى مَنْ كَانَ يَصِلُهُ فِي حَيَاتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَلَوْ جَاوَزَ

(١) أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَنْ قَرَأَ الْقُرْآنَ ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الْقُرْآنِ . سَنَنِ الدَّرَامِيِّ ٤٣٢/٢ مَخْتَصَرًا .
وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٧/٤ .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ فَاطِمَةَ بِنْتِ مُحَمَّدٍ ﷺ ، مِنْ أَبْوَابِ الْمَنَاقِبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
٢٤٩/١٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٣) فِي م : « وَوَلَدُهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَقَوْمُهُ وَنُسْبَاؤُهُ كَقَرَاتِيهِ .

الشرح الكبير

٢٥٨٨ - مسألة : (وَقَوْمُهُ وَنُسْبَاؤُهُ كَقَرَاتِيهِ) لَأَنَّ قَوْمَ الرَّجُلِ قَبِيلَتُهُ ، وَهُمْ نُسْبَاؤُهُ ، قَالَ الشَّاعِرُ :

فَقُلْتُ لَهَا أَمَّا رَفِيقِي فَقَوْمُهُ تَمِيمٌ وَأَمَّا أُسْرَتِي فَيَمَانٌ

وقال أبو بكر : هو بِمَثَابَةِ أَهْلِ بَيْتِهِ ؛ لَأَنَّ أَهْلَ بَيْتِهِ أَقَارِبُهُ ، وَأَقَارِبُهُ هُمْ قَوْمُهُ وَنُسْبَاؤُهُ . وقال القاضي : إِذَا قَالَ : لِرَجُلِي ، أَوْ لِأَرْحَامِي ،

الإِنصاف

أَرْبَعَةَ آبَاءٍ . وَنَفْلَهُ صَالِحٌ . وَقِيلَ : أَهْلُ بَيْتِهِ ، كَذَوِي رَجُلِهِ . عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا . وَعَنْهُ ، أَزْوَاجُهُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَمِنْ أَهْلِهِ . ذَكَرَهَا الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَقَالَ : فِي دُخُولِهِمْ فِي آلِهِ وَأَهْلِ بَيْتِهِ رَوَاتَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا دُخُولُهُنَّ ، وَأَنَّهُ قَوْلُ الشَّرِيفِ أَبِي جَعْفَرٍ وَغَيْرِهِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي صِفَةِ الصَّلَاةِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ « الْوَسِيلَةِ » ، أَنَّ لَفْظَ الْأَهْلِ كَالْقَرَاتِيَةِ ، وَظَاهِرُ « الْوَاضِحِ » ، أَنَّهُمْ نُسْبَاؤُهُ^(١) . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي أَهْلِ بَيْتِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

فائدة : آلُهُ كَأَهْلِ بَيْتِهِ خِلَافًا وَمَذْهَبًا . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ وَغَيْرِهِ فِي الْآلِ فِي صِفَةِ الصَّلَاةِ . فَلْيُعَاوِذْ . وَأَهْلُهُ مِنْ غَيْرِ إِضَافَةٍ إِلَى الْبَيْتِ كإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ . قَالَهُ [٢٥١/٢] الْمَجْدُ ، وَذَكَرَ عَنِ الْقَاضِي فِي دُخُولِ الزَّوْجَاتِ هُنَا وَجِهَيْنِ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ الدُّخُولَ ، وَهُوَ الصَّوَابُ ، وَالسُّنَّةُ طَافِحَةٌ بِذَلِكَ .

قوله : وَقَوْمُهُ وَنُسْبَاؤُهُ كَقَرَاتِيهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمَا ، وَقَدَّمَهُ فِيهِمَا

(١) فِي الْفُرُوعِ ٦١٦/٤ : « نَسَاؤُهُ » .

أَوْ لُنُسْبَائِي ، أَوْ لُمُنَاسِبِي . صُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . فعلى هذا ، يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بَفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ أَوْ بِالرَّحِمِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . قال شيخنا^(١) : وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُنَاسِبِينَ أَوْلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعُرْفِ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الْعَشِيرَةِ [٢٢٩/٥] الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهُ .

فصل : وآله مثل قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّ فِي بَعْضِ الْأَفَاطِ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مَنْ آلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَبَّاسٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلٍ ، فَقَلْبَتِ الْهَاءُ هَمْزَةً ، كَمَا قَالُوا : هَرَفْتُ الْمَاءَ وَأَرْقُتُهُ . وَمُدَّتْ لَفْلًا تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ .

فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : هُمَا كَذَوِي رَحِمِهِ . وَقِيلَ : قَوْمُهُ كَقَرَابَتِهِ ، وَنُسْبَاؤُهُ كَذَوِي رَحِمِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « مُنْتَخَبِ الْأَرْجِيِّ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَنُسْبَاؤُهُ كَأَهْلِ بَيْتِهِ وَقَوْمِهِ . وَقَدْ مَأَنَّ قَوْمَهُ كَقَرَابَتِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُمَا كَأَهْلُ بَيْتِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْهَدَايَةِ » . وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ مَا حَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : وَذَكَرَ أَبُو

(١) فِي : الْمَغْنَى ٥٣٥/٨ .

المقنع وَالْعِتْرَةُ هُمُ الْعَشِيرَةُ .

الشرح الكبير

٢٥٨٩ - مسألة : (وَالْعِتْرَةُ هُمُ الْعَشِيرَةُ) الْأَذْنُونُ فِي عُرْفِ النَّاسِ ، وَوَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ وَإِنْ سَفَلُوا ، (وَبِذَلِكَ) فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ^(١) . وَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ ثَعْلَبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِتْرَةُ الْأَوْلَادُ وَأَوْلَادُ الْأَوْلَادِ . وَلَمْ يُدْخِلْ فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهَرُ فِي عُرْفِ النَّاسِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : نَحْنُ عِتْرَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبَيْضَتُهُ الَّتِي تَفَقَّاتُ عَنْهُ . فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهُمْ أَهْلُ اللِّسَانِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ .

الإنصاف

بَكَرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » أَنَّهُ إِذَا قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أَوْ قَوْمِي . فَهُوَ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْسِبَائِي . فَمِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ . انْتَهَى . وَيَأْتِي كَلَامُ الْقَاضِي فِي الْأَنْسِبَاءِ عِنْدَ الْكَلَامِ عَلَى ذَوِي الرَّجْمِ . وَاخْتَارَ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ ، أَنَّ قَوْمَهُ كَقَرَابَةِ أَبِي يَهُ . وَقَالَ ابْنُ الْجَوَزِيِّ : الْقَوْمُ لِلرِّجَالِ دُونَ النِّسَاءِ ، وَفَاقًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ ﴾^(٢) .

قوله : وَالْعِتْرَةُ ؛ هُمُ الْعَشِيرَةُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَقَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَالشَّارِحُ : الْعِتْرَةُ ؛ الْعَشِيرَةُ الْأَذْنُونُ فِي عُرْفِ النَّاسِ ، وَوَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَإِنْ سَفَلُوا .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) انظر : غريب الحديث ٢٣٠/١ .

(٣) سورة الحجرات ١١ .

وَذَوُّو رَحِمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ .

الشرح الكبير

٢٥٩٠ - مسألة : (وَذَوُّو رَحِمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ) قال القاضي : يَنْصَرِفُ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْقَوْمِ وَالنِّسْبَاءِ .

وَصَحَّاحِهِ . قال في « الْوَجِيزِ » : الْعِتْرَةُ تَخْتَصُّ الْعَشِيرَةَ وَالْوَلَدَ . وقيل : الْعِتْرَةُ ؛ الذَّرِّيَّةُ . وقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . واختاره الْمَجْدُ . وقيل : هِيَ الْعَشِيرَةُ الْأَذْنُونُ . وقيل : وَلَدُهُ . وقيل : وَلَدُهُ وَوَلَدُ وَلَدِهِ . وقيل : ذَوُّو قَرَابَتِهِ . اختاره ابنُ أَبِي مُوسَى . قال في « الْهِدَايَةِ » : إِذَا أَوْصَى لِعِتْرَتِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ فِي ذَلِكَ عَشِيرَتُهُ وَأَوْلَادُهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ مَنْ كَانَ مِنْ وَلَدِهِ .

فائدة : الْعَشِيرَةُ ؛ هِيَ الْقَبِيلَةُ . قاله الْجَوْهَرِيُّ^(١) . وقل القاضي عياضٌ : هِيَ أَهْلُهُ الْأَذْنُونُ ؛ وَهُمْ بَنُو أَبِيهِ .

قوله : وَذَوُّو رَحِمِهِ ؛ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ . هذا المذهبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قال في « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَهُمْ قَرَابَتُهُ لِأَبَوَيْهِ وَوَلَدُهُ . وقال في « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : هُمْ قَرَابَةُ أَبَوَيْهِ ، أَوْ وَلَدُهُ ، بِزِيَادَةِ « أَلْفٍ » . وقال القاضي : إِذَا قَالَ : لِرَجُلِي . أَوْ لِأَرْحَامِي . أَوْ لِنِسْبَائِي . أَوْ لِمُنَاسِبِي . ضُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسِ . قال الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فعلى هذا ، يُضْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ ، أَوْ تَعْصِيْبٍ ،

(١) في : الصحاح ٧٤٧/٢ .

المقنع وَالْأَيَامَى وَالْعُزَابُ ، مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَيَحْتَمِلُ

الشرح الكبير

٢٥٩١ - مسألة : (وَالْأَيَامَى وَالْعُزَابُ ، مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ اسْمُ الْأَيَامَى النِّسَاءَ اللَّاتِي لَا أَزْوَاجَ لَهُنَّ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾^(٢) . وَفِي الْحَدِيثِ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيْمِ »^(٣) . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ : آمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عُمَرَ مِنْ زَوْجِهَا ، وَآمَ عَثْمَانُ مِنْ رُقِيَّةَ .

قال الشاعر^(٤) :

فَإِنْ تَنْكِحِي أَنْكِحْ وَإِنْ تَتَأَيَّمِي وَإِنْ كُنْتُ أَفْتَى مِنْكُمْ أَتَأَيَّمُ^(٥)

الإنصاف

أَوْ بِالرَّجِمِ ، فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، يَخْتَصُّ مَنْ يَصِلُهُ مِنْ أَهْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَلَوْ جَاوَزَ أَرْبَعَةَ آبَاءِ .

قوله : وَالْأَيَامَى وَالْعُزَابُ ؛ مَنْ لَا زَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ الشَّارِحُ : ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَامَى بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَابُ بِالرِّجَالِ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا أَوْلَى . وَاخْتَارَهُ فِي « الْمُغْنَى » . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : وَالْأَيَامَى ؛ النِّسَاءُ الْبُلُغُ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّغْلِيْقِ » : الصَّغِيرُ

(١) فِي : الْمُغْنَى ٤٥٣/٨ .

(٢) سُورَةُ النُّورِ ٣٢ .

(٣) انْظُرْ : النِّهَايَةَ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ١/١٦١ .

(٤) الْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ وَالتَّاجِ (أ ي م) .

(٥) عَجَزَ الْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ : « يَدَا الدَّهْرِ مَا لَمْ تَنْكِحِي أَتَأَيَّمِ » . وَفِي التَّاجِ : « أَبَدُ الدَّهْرِ » .

أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَّامِيَّ بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَّابُ بِالرِّجَالِ . فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ، ^{المقنع}
فَهُنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِيَّ فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ . وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

الشرح الكبير

وقول شيخنا أولى ؛ لأنَّ العُرفَ يَخْتَصُّ النِّسَاءَ بهذا الاسمِ ، والحُكمُ
للاسمِ العُرفيِّ . ولأنَّ قولَ النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ » .
إنَّمَا أَرَادَ بِهِ النِّسَاءَ . وَأَمَّا الْعُزَّابُ فَهُمْ الَّذِينَ لَا أَزْوَاجَ لَهُمْ مِنَ الرِّجَالِ
وَالنِّسَاءِ ، يَقَالُ : رَجُلٌ عَزَبَ ، وَامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . قَالَهُ ثَعْلَبٌ . وَإِنَّمَا سُمِّيَ
عَزَبًا لِانْفِرَادِهِ (وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَّامِيَّ بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَّابُ بِالرِّجَالِ)
وَلِذَلِكَ يَقَالُ : امْرَأَةٌ أَيِّمٌ . بغيرِ هاءٍ ، وَلَا يَقَالُ : أَيِّمَةٌ . وَلَوْ كَانَ
[٢٢٩/٥ ط] الرَّجُلُ مُشَارِكًا لَهَا لَقِيلَ : أَيِّمٌ وَأَيِّمَةٌ . مِثْلَ : قَائِمٌ وَقَائِمَةٌ .
وَلِأَنَّ الْعُرفَ أَنَّ الْعَزَبَ يَخْتَصُّ بِالرَّجُلِ .

٢٥٩٢ - مسألة : (فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ، فَهُنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِيَّ فَارَقَهُنَّ
أَزْوَاجَهُنَّ) بِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ حَرْبٍ ، وَقَدْ سُئِلَ عَنْ

الإنصاف

لَا يُسَمَّى أَيِّمًا عُرْفًا ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ صِفَةً لِلْبَالِغِ ^(١) .

قوله : فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ؛ فَهُنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِيَّ فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ الْحَارِثِيُّ :
هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ :
فِي اللَّغَةِ ؛ رَجُلٌ أَرْمَلٌ ، وَامْرَأَةٌ أَرْمَلَةٌ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيْقِ » : الصَّغِيرَةُ لَا
تُسَمَّى أَرْمَلَةً عُرْفًا ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ صِفَةً لِلْبَالِغِ ، كَمَا قَالَ فِي الْأَيِّمِ .

(١) سقط من : الأصل .

رَجُلٍ وَصَّى لِأَرَامِلَ بَنَى فُلَانٍ . فقال : قد اختلفَ الناسُ فيها ، فقال قومٌ :
للرجالِ والنِّسَاءِ ، والذي يُعرَفُ مِن كلامِ الناسِ أَنَّ الأَرَامِلَ النِّسَاءُ . وقال
الشَّعْبِيُّ ، وإسحاقُ : هو للرجالِ والنِّسَاءِ . وأنشدَ :

هَذِي الأَرَامِلُ قد قَضَيْتَ حاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةٍ هَذَا الأَرْمَلُ الذَّكَرُ^(١)
وقال آخرُ^(٢) :

أَحِبُّ أَنْ أَصْطَادَ^(٣) ضَبًّا سَحْبَلًا رَعَى الرَّبِيعَ وَالشِّتَاءَ أَرْمَلًا

فائدتان ؛ إحداهما البُكَرُ ، والثَّيِّبُ ، والعانسُ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأنثى . وكذا
إخوته وعمومته يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأنثى . وقال في « الفروع » : ويتَّوَجَّهُ وَجْهٌ ،
وتناوَلهُ لبعيدٍ ، كَوَلَدَ وَلَدٍ . قال ابنُ الجَوَزيِّ : يُقالُ في اللُّغَةِ : رَجُلٌ أَيْمٌ ، وامرأةٌ
أَيْمٌ ، ورَجُلٌ بَكْرٌ ، وامرأةٌ بَكْرٌ ، إذا لم يتزوَّجا . ورَجُلٌ ثَيِّبٌ ، وامرأةٌ ثَيِّبَةٌ . إذا
كانا قد تزوَّجا . انتهى . وأما الثَّيْبَةُ ؛ فزوالُ البَكَارَةِ . قاله المُصَنِّفُ ، وَمَنْ بَعِثَهُ ،
وأُطْلِقَ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : زوالُ البَكَارَةِ بزَوْجِيَّةٍ ؛ مِنْ رَجُلٍ وامرأةٍ . الثانيةُ ،
الرَّهْطُ ؛ ما دُونَ العَشْرَةِ مِنَ الرُّجَالِ خاصَّةً ، لُغَةً . وذكر ابنُ الجَوَزيِّ أَنَّ الرَّهْطَ
ما بينَ الثَّلاثَةِ والعَشْرَةِ . وكذا قال في النَّفَرِ ؛ أَنَّهُ ما بينَ الثَّلاثَةِ والعَشْرَةِ . وتقدَّم
ذِكْرُ « النَّفَرِ » في أوَّلِ الفَوَاتِ والإخصارِ ، فيما إذا وَقَفَ نَفَرٌ .

(١) البيت لجرير ، في اللسان (رمل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جرير .

(٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة ٢٠٥/١ (رمل) و (سحبل) . والأول منه في اللسان
والتاج (رمل) .

(٣) (٣-٣) ضَبًّا سَحْبَلًا : ضَحْمًا .

وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمَعْرُوفَ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ أَنَّهُ لِلنِّسَاءِ ، فَلَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْأَرَامِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ، فَلَا يَكُونُ جَمْعًا لِلْمُذَكَّرِ ؛ لِأَنَّ مَا يَخْتَلِفُ لَفْظُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِي وَاحِدِهِ يَخْتَلِفُ فِي جَمْعِهِ ، وَقَدْ أَنْكَرَ ابْنُ الْأَنْبَارِيِّ عَلَى قَائِلِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَخَطَأَهُ فِيهِ ، وَالشُّعْرُ الَّذِي اخْتَجَّ بِهِ حُجَّةً عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ لَفْظُ الْأَرَامِلِ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، لَقَالَ : حَاجَتَهُمْ . إِذْ لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ اللِّسَانِ فِي أَنَّ اللَّفْظَ مَتَى كَانَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، ثُمَّ رُدُّ عَلَيْهِ ضَمِيرٌ ، غُلِبَ فِيهِ لَفْظُ التَّذْكِيرِ وَضَمِيرُهُ ، فَلَمَّا رُدَّ الضَّمِيرُ عَلَى الْإِنَاثِ ، عَلِمَ أَنَّهُ مَوْضُوعٌ لَهُنَّ عَلَى الْإِنْفِرَادِ ، وَسَمِيَ نَفْسَهُ أَرْمَلًا تَجَوُّزًا وَتَشْبِيهًا بِهِنَّ ، وَلِذَلِكَ وَصَفَ نَفْسَهُ بِأَنَّهُ ذَكَرٌ . وَكَذَلِكَ الشُّعْرُ الْآخَرُ ، وَيَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْمَجَازِ أَنَّ اللَّفْظَ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ لَا يُفْهَمُ مِنْهُ إِلَّا النِّسَاءُ ، وَلَا يُسَمَّى بِهِ فِي الْعُرْفِ غَيْرُهُنَّ ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُوضَعْ لَغَيْرِهِنَّ ، ثُمَّ لَوْ ثَبَتَ أَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلنِّسَاءِ وَالرِّجَالِ لَكِنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ قَدْ خَصُّوا بِهِ النِّسَاءَ ، وَتَرَكَّتِ الْحَقِيقَةُ حَتَّى صَارَتْ مَعْمُورَةً^(١) ، لَا تُفْهَمُ مِنْ لَفْظِ الْمُتَكَلِّمِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ ، كَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُرْفِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَخَوَاتِهِ ، فَهُوَ لِلْإِنَاثِ خَاصَّةً ، وَإِنْ وَقَفَ عَلَى إِخْوَتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾^(٢) . وَقَالَ : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾^(٣) .

(١) فِي م : « مَهْجُورَةٌ » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٧٦ .

(٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى حَجْبِهَا بِالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : لِعُمُومَتِهِ . فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِثْلُ الْإِخْوَةِ ، يَشْمَلُ ^(١) الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُمْ إِخْوَةُ أَبِيهِ . وَإِنْ قَالَ : لِبَنِي إِخْوَتِهِ . أَوْ : لِبَنِي عَمِّهِ . فَهُوَ لِلذَّكَورِ دُونَ الْإِنَاثِ . إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِخْوَةَ وَالْعُمُومَةَ لَيْسَ لَهَا لَفْظٌ مَوْضُوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى سِوَى هَذَا اللَّفْظِ ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ لَهُمْ لَفْظٌ يَشْمَلُ الْجَمِيعَ ، وَهُوَ لَفْظُ الْأَوْلَادِ ، فَإِذَا عَدَلَ عَنِ اللَّفْظِ الْعَامِّ إِلَى لَفْظِ الْبَيْنِ ، دَلَّ عَلَى إِرَادَةِ الذَّكَورِ ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الْعُمُومَةِ أَشْبَهَ بِلَفْظِ الْإِخْوَةِ ، وَلَفْظُ بَنِي الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ يُشْبِهُ بَنِي فُلَانٍ ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَيْهِمَا . وَالْحُكْمُ فِي تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لِلْبَعِيدِ مِنَ الْعُمُومَةِ وَبَنِي الْعَمِّ وَالْإِخْوَةِ ، حُكْمُ مَا ذَكَرْنَا فِي وَلَدِ الْوَلَدِ ، مَعَ الْقَرِينَةِ وَعَدَمِهَا فِي الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٥٩٣ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرَّتَيْهِ أَوْ قَرَاتَيْهِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرَّتَيْهِ أَوْ قَرَاتَيْهِ

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ [٢٥١/٢ ط] قَرَّتَيْهِ أَوْ قَرَاتَيْهِ - وَكَذَا لَوْ وَصَّى لَهُمْ - لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَكَذَا لَوْ وَقَفَ عَلَى إِخْوَتِهِ ، وَنَحْوِهِمْ ، لَمْ يَدْخُلْ

الإنصاف

(١) فِي م : « لَا يَشْمَلُ » .

أَوْ أَتَى بَلْفَظٍ عَامٍّ يَدْخُلُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ وَالْكَفَّارُ ، وَالْوَاقِفُ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لِلْمُسْلِمِينَ خَاصَّةً ، وَلَا شَيْءَ لِلْكَفَّارِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَدْخُلُ فِيهِ الْكَفَّارُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُهُمْ بَعْمُومِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ ^(١) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَفَّارُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي لَفْظِ الْقُرْآنِ مَعَ عُمُومِهِ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي لَفْظِ الْوَاقِفِ ، وَلِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ ^(٢) لَا يُرِيدُ الْكَفَّارَ ؛ لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عِدَاوَةِ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوُصْلَةِ الْمَانِعَةِ ^(٣) مِنَ الْمِيرَاثِ وَوُجُوبِ التَّفَقُّعِ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، فَكَذَا هُنَا ، فَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ يُتْرَكُ بِهِ صَرِيحُ الْمَقَالِ ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْ قَرِينَةِ الْحَالِ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَيْهِمْ وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارٌ ، أَوْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ وَكُلُّهُمْ كُفَّارٌ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعُ اللَّفْظِ بِالْكُلِّيَّةِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ وَالباقى كُفَّارٌ ، دَخَلُوا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ هُنَا

فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ الْإِنْصَافُ فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ ، وَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا ، وَلَا عَكْسَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « المانع » .

بالتخصيص بعيدٌ ، وفيه مخالفةُ الظاهرِ من وجهين ؛ أحدهما ، مخالفةُ لفظِ العموم . والثاني ، حملُ اللفظِ الدالِّ على الجمعِ على المفردِ . وإن كان الأكثرُ كُفَّارًا ، فهو للمُسْلِمِينَ ، في ظاهرِ كلامِ الخِرَقِي ؛ لأنه أمكن حملُ اللفظِ عليهم وصرفه إليهم ، والتخصيصُ [٢٣٠/٥ ط] يَصِحُّ ، وإن كان بإخراجِ الأكثرِ . ويَحْتَمِلُ أن يَدْخُلَ الكُفَّارُ في الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ التَّخْصِيصَ في مثلِ هذا بعيدٌ ، فإنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِيصَ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ قَوِيٍّ . وَالْحُكْمُ فِي سَائِرِ أَلْفَاظِ الْعُمُومِ ؛ كَالْإِخْوَةِ ، وَالْأَعْمَامِ ، وَبَنِي عَمِّهِ ، وَالْيَتَامَى ، وَالْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِي أَهْلِ قَرْنَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَالْقَرْنَةُ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِمْ ، فَأَشْبَهَ وَقَفَ الْمُسْلِمِ ، يَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ ؟ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ وَجَدَتْ قَرْنَةُ

تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَحَلُّ الْخِلَافِ ؛ إِذَا لَمْ تَوْجَدْ قَرْنَةُ قَوْلِيَّةً ، أَوْ حَالِيَّةً ، فَإِنْ وَجَدَتْ ، دَخَلُوا ؛ مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْنَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، أَوْ لَا يَكُونَ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَبَاقِي أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، قَالَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَوْ كَانَ أَكْثَرُ أَقَارِبِهِ كُفَّارًا ، اخْتَصَّ الْمُسْلِمُونَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : لَوْ وَقَفَ الْمُسْلِمُ عَلَى قَرَانَتِهِ ، أَوْ أَهْلِ قَرْنَتِهِ ، أَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَفِيهِمْ مُسْلِمُونَ وَكُفَّارٌ ، لَمْ يَتَنَاوَلِ الْكُفَّارَ حَتَّى يُصَرِّحَ بِدُخُولِهِمْ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَأَبَى طَالِبٍ . وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ ^(١) وَاحِدٌ ، وَالباقى

(١) سقط من : الأصل .

دالة على دخولهم ، مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون ، دخلوا ، وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافرًا واحدًا وباقى أهلها مسلمون ، وإن انتفتت القرائن ، ففي دخولهم وجهان ؛ أحدهما ، لا يدخلون ؛ كما لم يدخل الكفار في وقف المسلم . والثاني ، يدخلون ؛ لأن عموم اللفظ يتناولهم ، وهم أحق بوصيته من غيرهم ، فلا يُصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره . فإن كان في القرية كافرًا من غير أهل دين الواقف ، لم يدخل ؛ لأن قرينة الحال تُخرجه ، ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولوية^(١) ، فبقى خارجًا بحاله . ويحتمل أن لا يخرج ، بناءً على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم .

كفارًا ، ففي الافتصار عليه وجهان ؛ لأن حمل اللفظ العام على واحد ، بعيد جدًا . انتهى . قلت : الصواب الدخول في هذه الصورة . قال الزركشي : ومال إليه أبو محمد . الثاني ، شمل قوله : لم يدخل فيهم من يخالف دينه . لو كان فيهم كافرًا على غير دين الواقف الكافر ، فلا يدخل ، ولا يستحق شيئًا ، ولو قلنا بدخول المسلم إذا كان الواقف كافرًا . وهو كذلك . قدمه في « المعنى » ، و « الشرح » . ويحتمل أن يدخل ؛ بناءً على توريث الكفار بعضهم من بعض ، مع اختلاف دينهم . قاله المصنف ، والشارح . وجعله في « الفروع » محلًا وفاق ؛ على القول بأن بعضهم يرث بعضًا .

(١) في م : « الأولى » .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ وَمِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ .

٢٥٩٤ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ) إِذَا وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ حَسْبُ ، وَهُمْ مُعْتَقُوهُ ، اخْتَصَّ الْوَقْفُ بِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاولُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، فَهُوَ لَهُمْ ؛ لِذَلِكَ ^(١) . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَهُوَ لَهُمْ جَمِيعًا يَسْتَوُونَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمَلُهُمْ جَمِيعًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هُوَ لِلْمَوَالِي

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاولَ جَمِيعَهُمْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِي مَنْ فَوْقَ . وَهُمْ مُعْتَقُوهُ . وَاخْتَارَ الْحَارِثِيُّ ، أَنَّهُ لِلْعَتِيقِ ، قَالَ : لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِإِحْسَانِ الْمُعْتَقِينَ إِلَى الْعُتْقَاءِ . فَاتَّذَنَّا ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ عَدِمَ الْمَوَالِي ، كَانَ لِمَوَالِي الْعَصَبَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : يَكُونُ لِمَوَالِي أَبِيهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الشَّارِحُ . وَقِيلَ : لِعَصَبَةِ مَوَالِيهِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَقِيلَ : لِوَارِثِهِ بَوَلَاءٍ . وَقِيلَ : كَمُنْقَطَعِ الْآخِرِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » ، بَعْدَ

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

الشرح الكبير

مِنْ أَسْفَلَ . وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ ، كَقَوْلِنَا ، وَكَقَوْلِ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثُ ، هُوَ لِلْمَوَالِي مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، لَكُونِهِمْ عَصَبَتَهُ
وَيَرْتُونَهُ ، بِخِلَافِ عُنُقَاتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ
حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ ، فَدَخَلُوا فِيهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ
عَلَى إِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لَغَيْرُ مُعَيَّنٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ [٢٣١/٥]
التَّعْمِيمَ يَخْصُلُ مَعَ التَّعْيِينِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا كَلَّمْتُ مَوْلَايَ . حَنْثَ
بِكَلَامِ آبِهِمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ أَقْوَى . قُلْنَا : مَعَ شُمُولِ
الْأَسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كَأَخْوَتِهِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ
الْعَمِّ ، وَلَا الْمَسَاكِينُ ، وَلَا الْحَلِيفُ ، وَلَا غَيْرُ مَنْ ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِنْ
تَنَاوَلَهُمْ حَقِيقَةً ، لَمْ يَتَنَاوَلَهُمْ عُرْفًا ، وَالْأَسْمَاءُ الْعُرْفِيَّةُ تُقَدِّمُ عَلَى الْحَقِيقَةِ .
وَلَا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى ابْنِهِ ^(١) مَعَ وُجُودِ مَوَالِيهِ . وَقَالَ زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . وَلَنَا ،
أَنَّ مَوْلَى ابْنِهِ ^(٢) لَيْسَ بِمَوْلَى لَهُ حَقِيقَةً إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : إِذَا وَصَّى لِمَوَالِيهِ وَلَيْسَ لَهُ مَوْلَى ،
فَهُوَ لِمَوْلَى أَبِيهِ ^(٣) . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ

عَصَبَةُ الْمَوَالِي . وَأُطْلِقَ الثَّلَاثَةُ الْأَخِيرَةُ فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، لِأَشْيَاءَ لِمَوَالِي
عَصَبَتِهِ ، إِلَّا مَعَ عَدَمِ مَوَالِيهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :
لَوْ كَانَ لَهُ مَوْلَى أَبٍ حِينَ الْوَقْفِ ، ثُمَّ انْقَرَضَ مَوَالِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ شَيْءٌ .

(١) فِي م : : اللَّهُ .

بِمَوْلَى . وَاحْتَجَّ الشَّرِيفُ بِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الْأِسْمِ إِلَى الْمَجَازِ وَالْعَمَلِ بِهِ ، تَصْحِيحًا لِلْكَلَامِ الْمُكَلَّفِ عِنْدَ إِمْكَانِ تَصْحِيحِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ إِرَادَتُهُ الْمَجَازَ ؛ لَكَوْنِهِ مَحْمَلًا صَحِيحًا ، وَإِرَادَةُ الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنْ إِرَادَةِ الْفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالِي أَبِي حِينَ الْوَقْفِ ، ثُمَّ انْقَرَضَ مَوَالِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ عَلَى مُقْتَضَى مَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُ غَيْرَهُمْ ، فَلَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَلَا يُشَبِّهُ هَذَا قَوْلُهُ : أَوْصَيْتُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنُ

فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، الْعُلَمَاءُ ؛ هُمْ حَمَلَةُ الشَّرْعِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَارِثِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : مِنْ تَفْسِيرِ ، وَحَدِيثِ ، وَفَقْهِ ، وَلَوْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، عَلَى الْقَوْلَيْنِ . لَكِنْ هَلْ يَخْتَصُّ بِهِ مَنْ كَانَ يَصِلُهُ ؟ حُكْمُهُ حُكْمُ قَرَابَتِهِ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ . الثَّانِيَةُ ، أَهْلُ الْحَدِيثِ ؛ مَنْ عَرَفَهُ . وَذَكَرَ ابْنُ رَزِينٍ أَنَّ الْفُقَهَاءَ وَالْمُتَفَقِّهَةَ كَالْعُلَمَاءِ ، وَلَوْ حَفِظَ أَرْبَعِينَ حَدِيثًا ، لَا بِمُجَرَّدِ السَّمَاعِ . فَالْقُرَّاءُ الْآنَ حُفَاطُهُ ، وَفِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ هُمُ الْفُقَهَاءُ . الثَّلَاثَةُ ، الصَّبِيُّ وَالْعُلَامُ ؛ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ ، وَكَذَا الْيَتِيمُ ؛ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ ، وَهُوَ بِلَا أَبِي . وَلَوْ جُهِلَ بَقَاءُ أَبِيهِ ، فَلَأَصْلُ بَقَاؤُهُ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يُعْطَى مَنْ لَيْسَ لَهُ أَبٌ يُعْرَفُ بِلَادِ الْإِسْلَامِ . قَالَ : وَلَا يُعْطَى كَافِرٌ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَذَلَّ أَنَّهُ لَا يُعْطَى مِنْ وَقْفٍ عَامٍّ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ فِي مَوَاضِعَ . قَالَ : وَيَتَوَجَّهُ وَجْهٌ . وَلَيْسَ وَلَدُ الزَّانِيَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْيَتِيمَ انْكِسَارٌ يَدْخُلُ عَلَى الْقَلْبِ بِفَقْدِ الْأَبِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي مَنْ بَلَغَ : خَرَجَ

الشرح الكبير

وابنُ ابنٍ ، فمات الابنُ ، حيثَ يَسْتَحِقُّ ابنُ الابنِ ، وإن كان لا يَسْتَحِقُّ في حياة الابنِ شيئاً ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ههنا لمَوْصُوفٍ وَجَدَتِ الصِّفَةُ في ابنِ الابنِ ، كَوُجُودِها في الابنِ حَقِيقَةً ، وفي المَوَالِي ^(١) يَقَعُ الاسمُ على مَوْلَى نَفْسِهِ حَقِيقَةً ، وعلى مَوْلَى أَبِيهِ ^(٢) مَجَازًا ، فمع وَجُودِهما جميعًا لا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا على الحَقِيقَةِ ، وهذه الصِّفَةُ . لا تَوْجَدُ في مَوَالِي ^(٣) أَبِيهِ ^(٣) .

الإنصاف

عن حَدِّ الْيَتَمِ . الرَّابِعَةُ ، الشَّابُّ ، والْفَتَى ؛ هُمَا مِنَ الْبُلُوغِ إِلَى الثَّلَاثِينَ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وقيل : إلى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ . والكَهْلُ ؛ مِنْ حَدِّ الشَّبَابِ إِلَى خَمْسِينَ . وَالشَّيْخُ مِنْهَا إِلَى السَّبْعِينَ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وقال في « الْكَافِي » : إلى آخِرِ الْعُمُرِ . وهو ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفَائِقِ » ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : ثُمَّ الشَّيْخُ بَعْدَ الْخَمْسِينَ . قال الْحَارِثِيُّ : وَلَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسِينَ سَنَةً ، ثُمَّ هُوَ شَيْخٌ حَتَّى يَمُوتَ . واقتَصَرَ عَلَيْهِ . فعلى الْمَذْهَبِ ، يَكُونُ الْهَرَمُ مِنْهَا إِلَى الْمَوْتِ . الْخَامِسَةُ ، أَبْوَابُ الْبِرِّ ؛ وَهِيَ الْقُرْبُ كُلُّهَا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَأَفْضَلُهَا الْعَزْوُ ، وَيُبْدَأُ بِهِ . نصٌّ عَلَيْهِ . قال في « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ ، يُبْدَأُ بِمَا تَقَدَّمَ فِي أَفْضَلِ الْأَعْمَالِ . يَعْنِي ، الَّذِي تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ صَلَاقِ التَّطَوُّعِ . وَيَأْتِي فِي بَابِ الْمُوصَى لَهُ ، إِذَا أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَالْكَلَامُ عَلَيْهِ [٢٥٢/٢] مُسْتَوْفَى . السَّادِسَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى

(١) في م : « المولى » .

(٢) في م : « الله » .

(٣) في م : « مولى » .

سَبِيلِ الْخَيْرِ ، اسْتَحَقَّ مَنْ أَخَذَ مِنَ الزَّكَاةِ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ أَبُو الْوَفَاءِ : يُعْمُ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْغَارِمُ ؛ لِلْإِصْلَاحِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : وَيَجُوزُ لَعْنَى قَرِيبٍ . السَّابِعَةُ ، جَمْعُ الْمَذْكَرِ السَّالِمِ وَضَمِيرُهُ يَشْمَلُ الْأُنْثَى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَشْمَلُهَا ، كَعَكْسِهِ لَا يَشْمَلُ الذَّكَرَ . الثَّامِنَةُ ، الْأَشْرَافُ ؛ وَهُمْ أَهْلُ بَيْتِ النَّبِيِّ ﷺ ، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَأَهْلُ الْعِرَاقِ كَانُوا لَا يُسَمُّونَ شَرِيفًا إِلَّا مَنْ كَانَ مِنْ بَنِي الْعَبَّاسِ ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الشَّامِ وَغَيْرِهِمْ لَا يُسَمُّونَهُ إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَوِيًّا . قَالَ : وَلَمْ يُعْلَقْ عَلَيْهِ الشَّارِعُ حُكْمًا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ لِيُتَلَقَّى حَدُّهُ مِنْ جِهَتِهِ . وَالشَّرِيفُ فِي اللَّعْنَةِ خِلَافُ الْوَضِيعِ وَالضَّعِيفِ ؛ وَهُوَ الرِّيَاسَةُ وَالسُّلْطَانُ . وَلَمَّا كَانَ أَهْلُ بَيْتِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَحَقُّ الْبُيُوتِ بِالتَّشْرِيفِ ، صَارَ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ شَرِيفًا . الثَّاسِعَةُ ، لَوْ وَقَفَ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ ، أَوْ وَصَّى لَهُمْ ، لَمْ تَدْخُلْ مَوَالِيَهُمْ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَحَنْبَلٍ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » : لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يُعْتَبَرُ فِيهَا لَفْظُ الْمُوصِي ، وَلَفْظُ صَاحِبِ « الشَّرِيعَةِ » يُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَعْنَى . وَلِهَذَا ، لَوْ حَلَفَ : لَا أَكَلْتُ سُكَّرًا ؛ لِأَنَّهُ حُلُوٌّ . لَمْ يُعْمَ غَيْرُهُ مِنَ الْحَلَاوَاتِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : عَبْدِي حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَسْوَدُ . لَمْ يُعْتَقْ غَيْرُهُ مِنَ الْعَبِيدِ . وَلَوْ قَالَ اللَّهُ : حَرَّمْتُ الْمُسْكِرَ ؛ لِأَنَّهُ حُلُوٌّ . عَمَّ جَمِيعَ الْحَلَاوَاتِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : أُعْتِقْتُ عَبْدَكَ ؛ لِأَنَّهُ أَسْوَدُ . عَمَّ . انْتَهَى . وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي آخِرِ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا لِمَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْعِلَّةَ مَا قَالَهُ الْقَاضِي هُنَا .

وَإِذَا وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ الْمَقْنَعُ
تَعْمِيمُهُمُ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ،

٢٥٩٥ - مسألة : (وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ تَعْمِيمُهُمُ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَقَدْ أُمَكِّنَ الْوَفَاءُ بِهِ ، فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَاهُ ، كَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(١) . فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، وَلِأَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، أَشَبَّهُ مَا لَوْ أَقَرَّ لَهُمْ .

قوله : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَضْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَجَبَ تَعْمِيمُهُمُ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطعوا به . وقال في « الفائق » : وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ الْمُفَاضَلَةِ فِيمَا يُقْصَدُ فِيهِ تَمْيِيزٌ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَهَاءِ . قلتُ : وهذا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ . وعنه ، إِنَّ وَصِيَّ فِي سِكَتِهِ ؛ وَهُمْ أَهْلُ دَرْبِهِ ، جَازَ التَّفْضِيلُ لِحَاجَةٍ . قال الْحَارِثِيُّ : وَالْأَوَّلَى جَوَازُ التَّفْضِيلِ لِلْحَاجَةِ ، فِيمَا قُصِدَ بِهِ سُدُّ الْخَلَّةِ ، كَالْمَوْقُوفِ عَلَى فُقَرَاءِ أَهْلِهِ . انتهى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وَقِيَاسُهُ الْإِكْفَاءُ بِوَاحِدٍ . وعنه ، فِي مَنْ أَوْصَى فِي فُقَرَاءِ مَكَّةَ ، يُنْظَرُ أَخَوُجُهُمْ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقَى الدِّينِ إِذَا وَقَفَ عَلَى مُدْرِّسٍ وَفُقَهَاءٍ ؛ هَلْ يُسَوَّى بَيْنَهُمْ ، أَوْ يَتَفَاضَلُونَ ؟ فِي أَحْكَامِ النَّاطِرِ .

تنبيه : الذي يظهرُ أَنَّ مَحَلَّ هَذَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ قَرِينَةً ، فَإِنْ كَانَ قَرِينَةً ، جَازَ التَّفَاضُلُ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَلَهَا نِظَائِرُ تَقَدَّمَ حُكْمُهَا .

(١) سورة النساء ١٢ .

وَالْأَجَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالْاِقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ ،
وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُجْزَّئَهُ أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ .

٢٥٩٦ - مسألة : فإن لم يُمكن حَضْرُهُمْ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْقَبِيلَةِ الْكَثِيرَةِ ؛ كَبْنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي تَمِيمٍ ، صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ . وَكَذَلِكَ يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، وَعَلَى أَهْلِ إِقْلِيمٍ وَمَدِينَةٍ ، كَالشَّامِ ، وَدِمَشْقَ . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ عَلَى عَشِيرَتِهِ ، وَأَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : [٢٣١/٥ ظ] لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمكنُ اسْتِيعَابُهُمْ وَحَضْرُهُمْ ، فِي غَيْرِ الْمَسَاكِينِ وَنَحْوِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ ، فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى قَوْمٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا مَحْضُورِينَ ، صَحَّ وَإِنْ لَمْ يُحْصَوْا ، كَالْفُقَرَاءِ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْطَلُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ .

فائدة : لو كان الوقفُ في ابتدائه على مَنْ يُمكنُ اسْتِيعَابُهُ ، فَصَارَ مِمَّا لَا يُمكنُ اسْتِيعَابُهُ ؛ كَوَقْفٍ عَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أَمَكْنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا .

قوله : وَالْأَجَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالْاِقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . يَعْنِي ، إِذَا لَمْ يُمكنُ حَضْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ؛ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ الْاِقْتِصَارِ عَلَى وَاحِدٍ ، كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُجْزَّئَهُ أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ . وَهُوَ وَجْهٌ فِي « الْهِدَايَةِ » وَغَيْرِهَا ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا فِي الزَّكَاةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَقِيلَ : فِي إِجْزَاءِ الْوَاحِدِ رَوَايَتَانِ .

فصل : ولا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ إجماعًا ؛ لأنه غير مُمكنٍ . ويجوزُ تَفْضِيلُ بعضهم على بعضٍ ؛ لأنَّ مَنْ جاز حِرْمَانُهُ جاز تَفْضِيلُ غيره عليه . ويجوزُ الاقتصارُ على واحدٍ منهم . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْزئُهُ أَقلُّ من ثلاثة . وهو مَذْهَبُ الشافعي . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ ^(١) قد ذُكِرَ في الزكاة ، والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ .

فصل : فإن كان الوقْفُ في ابتدائه على مَنْ يُمكنُ استيعابه ، فصار ممَّا لا يُمكنُ استيعابه ، كرجلٍ وقَفَ على وَلَدِهِ وولَدِ وَلَدِهِ ، وعَقِبِهِ ونَسْلِهِ ، فصاروا قَبِيلَةً كَثِيرَةً تَخْرُجُ عن الحَضَرِ ، مثلَ وقْفٍ على ، رَضِيَ اللهُ عنه ، على وَلَدِهِ ونَسْلِهِ ، فإنه يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أَمَكَّنَ منهم ، والتَّسْوِيَةُ بينهم ؛ لأنَّ التَّعْمِيمَ كان واجِبًا ، وكذلك التَّسْوِيَةُ ، فإذا تَعَذَّرَ ، وَجِبَ منه ما أَمَكَّنَ ، كالواجبِ الذي يَعْجِزُ عن بعضه ؛ ولأنَّ الواقِفَ ههنا أراد التَّعْمِيمَ والتَّسْوِيَةَ ، لإمكانه وصَلاحِ لَفْظِهِ لذلك ، فيَجِبُ العَمَلُ بما أَمَكَّنَ ، بخِلافِ ما إذا كانوا حالَ الوقْفِ ممَّن لا يُمكنُ ذلك فيهم .

فائدتان : إحداهما ، لو وقَفَ على أصنافِ الزَّكاةِ ، أو على الفقراءِ والمساكينِ ، الإِنصافِ ، جازَ الاقتصارُ على صِنْفٍ منهم . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمَهُ في « الفروع » ، و « الرُّعايَةِ الْكُبْرَى » ، ذَكَرَهُ في الوَصِيَّةِ ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، في غيرِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ . وقالَ في الثَّانِيَةِ : لا بُدَّ مِنَ الصَّرْفِ إلى الْفَرِيقَيْنِ كِلَيْهِمَا ^(٢) . قال الحارثِيُّ : قياسُ المذهبِ عِنْدَ الْقَاضِي ، وابنِ عَقِيلٍ ، جوازُ الاقتصارِ على أَحَدٍ

(١) في م : « القول » .

(٢) في ط : « كالزكاة » .

فَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَكْثَرُ مِنَ الْقَدْرِ
الَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ
الزَّكَاةِ .

٢٥٩٧ - مسألة : ولا يُعطى كل واحدٍ أكثر من القدر الذي يُعطى
من الزكاة . يعنى (إذا كان الوقف على صنفٍ من أصناف الزكاة) وجملة

الصنفين ؛ من الفقراء والمساكين . وقطع به فى « التلخيص » . وعند المصنف ،
يجب الجمع ، وحكى عن القاضى . وقيل : لا يجرى الاقتصار على صنف ، بناءً
على الزكاة . قال القاضى فى « الخلاف » : هذا ظاهر كلام أحمد . وقيل : لكل
صنف منهم الثمن . وأطلقهما فى « الفائق » . الثانية ، لو وقف على الفقراء فقط ،
أو على المساكين فقط ، جاز إعطاء الصنف الآخر . على الصحيح من المذهب .
قدمه فى « الفروع » وغيره . وجزم به فى « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ،
وغيرهم . وفيه وجه آخر ، لا يجوز . ذكره القاضى . ويأتى ذلك أيضًا فى باب
الموصى له . ولو افتقر الواقف ، استحق من الوقف . على الصحيح من المذهب .
قال فى « الفروع » : شمله فى الأصح . قال فى « القواعد » : نص عليه ، فى رواية
المروذى . وقيل : لا يشمل ، فلا يستحق شيئاً منه . وتقدم ذلك فى أول الباب ،
قُبيل قوله : الثالث ، أن يقف على معين يملك .

قوله : ولا [٢٥٢/٢] يُدفع إلى واحدٍ أكثر من القدر الذى يُدفع إليه من
الزكاة ، إذا كان الوقف على صنفٍ من أصناف الزكاة . وهو المذهب ، نص عليه .
قدمه فى « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » . واختار أبو الخطاب فى
« الهداية » ، وابن عقيل ، زيادة المسكين والفقير على خمسين درهماً . وإن
منعناه منها فى الزكاة .

ذلك ، أن مَنْ وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرُّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهُمْ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَدْخُلُ مَعَهُمْ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْأَدَمِيِّينَ يُحْمَلُ عَلَى الْمَعْنَى فِي الشَّرْعِ ، فَيُنْظَرُ ؛ مَنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَقَدْ مَضَى شَرْحُ ذَلِكَ فِي الزَّكَاةِ . فَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يُزَادُ عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةٍ عَلَى بَنٍ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ ، وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا ، أُعْطِيَ مَنْ شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ عَلَى [٥/٢٣٢] إلْحَاقَهُ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، زِيَادَةَ الْمَسْكِينِ عَلَى خَمْسِينَ دِرْهَمًا ؛ لِأَنَّ لَفْظَ أَحْمَدَ لَا تَقْيِيدَ فِيهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ وَجْهَهُمَا مَا سَبَقَ .

فصل : فَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ كُلِّهَا ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْاِقْتِسَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

المقنع وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا الْفَصْلِ .

فَصْلٌ : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمٌ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا .

الشرح الكبير

٢٥٩٨ - مسألة : (وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا التَّفْصِيلِ) لِأَنَّ مَبْنَاهَا عَلَى لَفْظِ الْمُوصَى ، أَشْبَهَتْ الْوَقْفَ .

فصل : (وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمٌ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا) وَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعَتَقِ . وَعَنْهُ : لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَإِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . كَالْهَبَةِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِهِ ، وَلِلْوَاقِفِ الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَيَلْزَمُ ، أَوْ يَحْكُمَ بِلُزُومِهِ حَاكِمٌ . وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَلِيٍّ ،

الإنصاف

قوله : وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا الْفَصْلِ . هَذَا صَحِيحٌ ، لَكِنَّ الْوَصِيَّةَ أَعَمُّ مِنَ الْوَقْفِ ، عَلَى مَا يَأْتِي . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ قَرَابَتِهِ ، اسْتِثْوَاءَ الْآخَرِ مِنَ الْأَبِ ، وَالْآخَرِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الْعِشْرِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَذَكَرَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » ، أَنَّ الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ اخْتَارَ ، فِيمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ، دُخُولَ وَلَدِ الْوَلَدِ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ نَازِمِ الْمُفْرَدَاتِ ، إِذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ .

قوله : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زِمٌ ، لَا يَجُوزُ فُسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إِذَا وَقَفَ فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ بَظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَهَلْ يُبَاعُ لَوْفَاءِ الدِّينِ ؟ فِيهِ خِلَافٌ فِي مَذْهَبِ أَحْمَدَ وَغَيْرِهِ ، وَمَنْعُهُ قَوِيٌّ . قَالَ جَامِعُ « اخْتِيَارَاتِهِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْعَبَّاسِ ، وَلَوْ كَانَ الدِّينُ حَادِثًا بَعْدَ

الشرح الكبير

وابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ . وخَالَفَ أَبَا حَنِيفَةَ صَاحِبَاهُ ، فَقَالَا كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَاحْتَجَّ بَعْضُهُمْ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ ، صَاحِبَ الْأَذَانِ ، جَعَلَ حَائِطَهُ صَدَقَةً ، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَاءَ أَبُوهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلَّا هَذَا الْحَائِطُ . فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ مَاتَا فَوَرَّثَهُمَا . رَوَاهُ الْمَحَامِلِيُّ^(١) فِي « أُمَالِيهِ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مَالِهِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ مِنْ مِلْكِهِ ، فَلَا يُلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ، كَالصَّدَقَةِ . قُلْنَا : هَذَا الْقَوْلُ يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثَّابِتَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ فِي وَقْفِهِ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبْتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ »^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ

الْمَوْتَ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَلَيْسَ هَذَا بِأُبْلَغَ مِنَ التَّذْيِيرِ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْإِنْصَافُ أَنَّهُ ، عَلَيْهِ أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ ، بَاعَهُ فِي الدِّينِ . وَتَقَدَّمَ إِذَا وَقَفَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصَحَّحْنَاهُ ؛ هَلْ يَقَعُ لَازِمًا ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، أَوْ لَا يَقَعُ لَازِمًا ،^(٤) وَيَجُوزُ^(٥) بَيْعُهُ ؟ فَلْيُعَاوِذْ .

(١) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدٍ الضَّبِّيِّ الْحَامِلِيِّ الْقَاضِيِّ الْفَقِيهِ ، صَاحِبُ « الْأُمَالِي » الْمُتَوَفَى سَنَةَ ثَلَاثِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ . تَارِيخُ التَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ١/١/٣٥٧ .

(٢) وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : مِيرَاثِ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ الْمُنْفَرِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦٦/٤ .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٦٢ .

(٤ - ٥) فِي ط : « أَوْ يَجُوزُ » .

اِخْتِلَافًا . قَالَ الْحُمَيْدِيُّ : تَصَدَّقَ أَبُو بَكْرٍ بِدَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بِرَبْعِهِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُثْمَانُ بِرُومَةٍ ^(١) ، وَتَصَدَّقَ عَلَى بَارِضِهِ بَيْنُوعَ ، وَتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَدَارِهِ بِمِصْرَ وَأَمْوَالِهِ بِالْمَدِينَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَتَصَدَّقَ سَعْدُ بِدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمِصْرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُو بْنُ الْعَاصِ بِالْوَهْطِ ^(٢) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ [٢٣٢/٥ ط] عَلَى وَلَدِهِ ، وَحَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ ^(٣) . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَهُ مَقْدِرَةٌ إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ عَلَى الْوَقْفِ مِنْهُمْ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلَئِنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ يَلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعَتَقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ

فائدة : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْوَقْفَ يَلْزَمُ ^(٤) بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنهُ ، لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْحَارِثِيُّ . وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى ذَلِكَ ، عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . فَلْيُعَاوِذْ .

(١) أى بشر رومة بالمدينة .

(٢) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب الصدقات المحرمات ، من كتاب الوقف . السنن الكبرى ١٦١/٦ .

(٤) سقط من : الأصل .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ تَتَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ ، فَبَيْعٌ وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ .
 وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، يَبِيعُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ
 مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ . وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي مَوْضِعِهِ ،
 وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْمَسَاجِدُ لَكِنْ تُنْقَلُ أَلَتْهَا إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ .

الشرح الكبير

فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، استناب
 فيها رسول الله ﷺ ، فرأى وإليه أحق الناس بصرفها إليهما ، ولهذا لم
 يردّها إليه ، إنما دفعها إليهما . ويحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو
 يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما ، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما ،
 فلم ينفذه ، وأتيا النبي ﷺ فردّه إليهما . والقياس على الصدقة لا يصح ؛
 لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما يفتقر إلى القبض ، والوقف
 لا يفتقر إليه ، فافترقا .

٢٥٩٩ - مسألة : (ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه ، فبإع
 ويصرف ثمنه في مثله . وكذلك الفرس الحبس إذا لم يصلح للغزو ، بيع
 واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد . وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في
 موضعه . وعنه ، لا تباع المساجد لكن تنقل ألتها إلى مسجد آخر) وجملة
 ذلك ، أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته ؛ لقول النبي ﷺ في حديث عمر :

قوله : ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه ، فبإع ، ويصرف ثمنه في مثله . وكذلك
 الفرس الحبس ، إذا لم يصلح للغزو ، بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد ، وكذلك
 المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه . وعنه ، لا تباع المساجد ، لكن تنقل ألتها إلى

« غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُتَبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ »^(١) . فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ ؛ كَدَارٍ أَنْهَدَمَتْ ، أَوْ أَرْضٍ خَرِبَتْ وَعَادَتْ مَوَاتًا لَا يُمْكِنُ عِمَارَتُهَا ، أَوْ مَسْجِدٍ انْتَقَلَ أَهْلُ الْقَرْيَةِ عَنْهُ ، وَصَارَ فِي مَوْضِعٍ لَا يُصَلَّى فِيهِ ، أَوْ ضَاقَ بِأَهْلِهِ وَلَمْ يُمْكِنِ تَوْسِيعُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، فَإِنْ أُمِّكِنَ بَيْعُ بَعْضِهِ لِيُعَمَّرَ بِهِ بَقِيَّتُهُ ، جَازَ بَيْعُ الْبَعْضِ . وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْإِنْفَاعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ ، بَيْعَ جَمِيعِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشْبَتَانِ لَهَا قِيَمَةٌ ، جَازَ بَيْعُهُمَا وَصَرْفُ ثَمَنِيهِمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدِيرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْنَعُ الصَّلَاةَ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ عَرَصَتِهِ فِي رِوَايَةِ [٥/٢٣٣ د] عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقَدْ رَوَى عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تُبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُنْقَلُ آتَهَا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِاجْتِمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ^(٢) بَيْعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ - يَعْنِي الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْعَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ فَلَمْ تَصْلُحْ

مَسْجِدٍ آخَرَ . وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِ آتِيهِ وَصَرْفُهَا فِي عِمَارَتِهِ . اَعْلَمْ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ ، أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ تَعَطَّلْ مَنَافِعُهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، وَلَا الْمُنَاقَلَةُ بِهِ مُطْلَقًا . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ ، قَالَ : لَا يَسْتَبْدِلُ بِهِ وَلَا يَبِيعُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِحَالٍ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، لَا يُغَيَّرُ عَنْ حَالِهِ ، وَلَا يُبَاعُ ، إِلَّا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٦٢ .

(٢) سقط من : م .

لِلْعَزْوِ ، وَأَمَكَنَ الْإِتِّفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَدُورَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَيْهَا تُرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرَّغْبَةُ فِي نِتَاجِهَا ، أَوْ حِصَانًا يُتَّخَذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مَا يَصْلُحُ لِلْعَزْوِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ زَالَ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُبَايَعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُتَّاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ مَعَ تَعَطُّلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهُ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نُقِبَ ^(١) بَيْتُ الْمَالِ الذِي بِالْكُوفَةِ ، أَنِ انْقُلِ الْمَسْجِدَ الذِي بِالتَّمَّارِينَ ، وَاجْعَلْ بَيْتَ الْمَالِ فِي قِبْلَةِ الْمَسْجِدِ ، فَإِنَّهُ لَنْ يَزَالَ فِي الْمَسْجِدِ مُصَلٍّ . وَكَانَ هَذَا بِمَشْهَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلَافُهُ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ اسْتِيقَاءً لِلْوَقْفِ بِمَعْنَاهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ إِبْقَائِهِ بِصُورَتِهِ ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتَوَلَدَ

أَنْ لَا يُنْتَفَعَ مِنْهُ بِشَيْءٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجُوزَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ ، ^{الإنصاف} وَقَالَ : هُوَ قِيَاسُ « الْهَدْيِ » ، وَذَكَرَهُ وَجْهًا فِي الْمُنَاقَلَةِ : وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، يَجُوزُ ^(٢) نَقْلُ الْمَسْجِدِ لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَاخْتَارَهُ

(١) نقب : بفتح القاف : تخرق . ونُقِبَ : بالبناء للمجهول : نقبه بعض الناس .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

الجارية الموقوفة ، أو قبلها ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه ، استبقينا العرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجُمودنا على العين مع تعطّلها تضييع للعرض . ويقرب هذا من الهدي إذا عطب ، فإنه يُذبح في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعذر تحصيل العرض بالكلية ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره ؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع به بالكلية ، وهكذا الوقف المعطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن ، أنه إزالة ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى مالكه باحتلاله وذهاب منافع [٢٣٣/٥ ظ] كالعق .

صاحب « الفائق » ، وحكم به نائباً عن القاضي جمال الدين المسلاتي^(١) ، فعارضه القاضي جمال الدين المرداوي^(٢) ، صاحب « الانتصار » ، وقال : حكمه باطل ، على قواعد المذهب . وصنف في ذلك مصنفًا ، ردّ فيه على الحاكم ، سمّاه « الواضح الجلي في نقض حكم ابن قاضي الجبل الحنبلي » ووافقه صاحب « الفروع » على ذلك : وصنف صاحب « الفائق » مصنفًا في جواز المناقلة ؛ للمصلحة سمّاه « المناقلة بالأوقاف »^(٣) وما في ذلك من النزاع

(١) هو محمد بن عبد الرحيم بن علي ابن المنجا السلمى المسلاتي ، جمال الدين المالكي . ولى نيابة الحكم بدمشق ، ثم قضاءها ، وولى تدريس الحديث بالظاهرية . توفي سنة إحدى وسبعين وسبع مائة . الدرر الكامنة ١٢٩/٤ .
(٢) هو يوسف بن محمد بن عبد الله بن محمد المرداوي ، جمال الدين ، أبو الفضل ، القاضي ، إمام في المذهب ، وله عناية بالمتن والإسناد ، صنف كتاب « الانتصار » ، و « شرح المقنع » توفي سنة تسع وستين وسبع مائة . الدرر الكامنة ٢٤٥/٥ .

(٣) في الأصل ، ١ : « والأوقاف » .

الشرح الكبير

٢٦٠٠ - مسألة : (ويجوز بيع بعض آلته وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ، ولأنه إذا جاز بيع الجميع عند الحاجة إلى بيعه ، فينبع بعضه مع بقاء البعض أولى .

الإنصاف

والخلاف « وأجاد فيه . ووافقه على جوازها الشيخ برهان الدين ابن القيم ، والشيخ عز الدين حمزة ابن شيخ السلامة ، وصنف فيه مصنفًا سماه « رفع المثاقلة في منع المناقلة » . ووافقه أيضًا جماعة في عصره . وكلهم تبع للشيخ تقي الدين في ذلك . وأطلق في « القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة » في جواز إبدال الوقف مع عمارته روايتين .

فائدة : نص الإمام أحمد ، رحمه الله تعالى ، على جواز^(١) تجديد بناء المسجد لمصلحته . وعنه ، يجوز برضا جيرانه . وعنه ، يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة . قال في « الفروع » : « فيتوجه هنا مثله ، قال الشيخ تقي الدين : جوز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة ، كجعل الثور حوانيت ، والحكورة المشهورة ، فلا فرق بين بناء ببناء ، وعرضة بعرضة . هذا صريح لفظه . وقال أيضًا ، في من وقف كرومًا على الفقراء ، يحصل على جيرانها به ضرر : يعوض عنه بما لا ضرر فيه على الجيران ، ويعود الأول ملكًا ، والثاني وقفًا . انتهى . ويجوز نقض منارته ، وجعلها في حائطه . نص عليه . ونقل أبو داود ، وقد سئل عن مسجد فيه خشبتان هما ثمن ، تشعث ، وخافوا سقوطه ، أبيعان ويتفقان على المسجد ،

(١) سقط من : ط .

فصل : وإذا بيع الوقف ، فأى شيء اشترى بتمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الخرقى ، لكن تكون المنفعة مضروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصروف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

ويبدل مكانهما جذعين ؟ قال : ما أرى به بأسا . انتهى . وأما إذا تعطلت منافعه ، فالصحيح من المذهب ، أنه يُباع والحالة هذه ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وهو من مفردات المذهب . [٢٥٣/٢] وعنه ، لأتباع المساجد ، لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر . اختاره أبو محمد الجوزي ، والحارثي ، وقال : هو ظاهر كلام ابن أبي موسى . وعنه ، لأتباع المساجد ولا غيرها ، لكن تنقل آلتها . نقل جعفر ، في من جعل خاناً للسبيل ، وبني بجانيه مسجداً ، فضاق المسجد ، أيزاد منه في المسجد ؟ قال : لا . قيل : فإنه إن ترك ؛ ليس ينزل فيه أحد ، قد عطل ؟ قال : يترك على ماضٍ له . واختار هذه الرواية الشريف ، وأبو الخطاب . قاله في « الفروع » . قال الزركشي : وحكى في « التلخيص » عن أبي الخطاب ؛ لا يجوز بيع الوقف مطلقاً . وهو غريب ، لا يعرف في كتبه . انتهى . ذكره في « التلخيص » عنه في كتاب البيع ، وحكاه عنه قبل صاحب « التلخيص » تلميذ أبي الخطاب ؛ وهو الحلواني في « كتابه » . قلت : وظاهر كلام أبي الخطاب في « الهداية » ، في كتاب البيع ، عدم الجواز ؛ فإنه قال : ولا يجوز بيع الوقف ، إلا أن أصحابنا قالوا : إذا خرب ، أو كان فرساً ، فعطب ، جاز بيعه ، وصرف ثمنه في مثله . انتهى . وكلامه في « الهداية » في كتاب الوقف ،

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكْفِ ثَمَنُ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ لِشِرَاءِ فَرَسٍ أُخْرَى ، أُعِينَ بِهِ فِي شِرَاءِ حَبِيسٍ يَكُونُ بَعْضُ الثَّمَنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ اسْتِيفَاءُ مَنَفَعَةِ الْوَقْفِ الْمُمَكِّنِ اسْتِيفَاؤها وصيانتها عن الضياع ، ولا سَبِيلَ إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بِهَذِهِ الطَّرِيقِ .

صريح بالصحة . واختار أيضًا هذه الرواية ابن عَقِيلٍ ، وصنف فيها جزءًا ، حكاها عنه ابن رَجَبٍ في « طَبَقَاتِهِ » . واختار أيضًا هذه الرواية ، وهي عَدَمُ الْبَيْعِ ، الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وأبو الْخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ .

تنبيه : فعلى المذهب ، المرادُ بَتَعَطُّلِ مَنَافِعِهِ ؛ الْمَنَافِعُ الْمَقْصُودَةُ ، بِخَرَابٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَلَوْ بِضَيْقِ الْمَسْجِدِ عَنْ أَهْلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . أَوْ بِخَرَابِ مَحَلَّتِهِ . نَقَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ . وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَقَلَ جَمَاعَةً ، لَا يُبَايَعُ إِلَّا أَنْ لَا يُتَنَفَّعَ مِنْهُ بِشَيْءٍ أَصْلًا ، بِحَيْثُ لَا يَرُدُّ شَيْئًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » : كُلُّ وَقْفٍ خَرِبَ ، وَلَمْ يَرُدِّ شَيْئًا ، يَبِيعُ . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(١) ، وَمَنْ تَابَعَهُ : لَا يُبَايَعُ إِلَّا أَنْ يَقِلَّ رَيْعُهُ ، فَلَا يُعَدُّ نَفْعًا . وَقِيلَ : أَوْ يَتَعَطَّلُ أَكْثَرُ نَفْعِهِ . نَقَلَهُ مُهَنَّادٌ فِي فَرَسٍ كَبِيرٍ وَضَعْفَ ، أَوْ ذَهَبَتْ عَيْنُهُ . فَقُلْتُ لَهُ : دَارٌ ، أَوْ ضَيْعَةٌ ضَعُفَ أَهْلُهَا أَنْ يَقُومُوا عَلَيْهَا ؟ قَالَ : لَا بَأْسَ بَبَيْعِهَا ، إِذَا كَانَ أَنْفَعَ لِمَنْ يُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْهَا . وَقِيلَ : أَوْ خِيفَ تَعَطُّلُ أَكْثَرِ ^(٢) نَفْعِهِ قَرِيبًا . ^(٣) جَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ قَوِيٌّ جِدًّا إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ ذَلِكَ ^(٣) . سَأَلَهُ الْمِيمُونِيُّ ، يُبَايَعُ إِذَا عَطِبَ أَوْ فَسَدَ ؟

(١) المغنى : ٢٢١/٨ .

(٢) سقط من : ط .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : فإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ، لكن قلت ، وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف ، لم يجوز بيعه ؛ لأن الأصل تحريم البيع ، وإنما أبيع للضرورة ، صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ، ومع الانتفاع ما يضيع المقصود وإن قل ، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً ، فيكون وجوده كالعدم .

قال : إني والله ، يباع إذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص ، باعوه وردوه في مثله . وسأله الشاننجي : إن أخذ من الوقف شيئاً ، فعتق في يده وتغير حاله ؟ قال : يحول إلى مثله . وكذا قال في « التلخيص » ، و « الترغيب » ، و « البلغة » : لو أشرف على كسر أو هدم ، وعلم أنه إن أخر لم ينتفع به ، بيع . قلت : وهذا مما لاشك فيه . قال في « الفروع » : وقولهم : بيع . أي يجوز بيعه . نقله جماعة ، وذكره جماعة . قال في « الفروع » : ويتوجه أن ما قالوه للاستثناء مما لا يجوز بيعه ، وإنما يجب ؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة ، وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها . قال الشيخ تقي الدين : يجب بيعه بمثله مع الحاجة ، وبلا حاجة ، يجوز بخير منه ؛ لظهور المصلحة ، ولا يجوز بمثله ؛ لقوات التعيين بلا حاجة . قال في « الفائق » : وبيعته حالة تعطله أمر جائز عند البعض . وظاهر كلامه في « المغني » وجوبه . وكذلك إطلاق كلام أحمد . وذكره في « التلخيص » ؛ رعاية للأصلح . انتهى .

فوائد : الأولى ، قال المصنف ، ومن تابعه : لو أمكن بيع بعضه ؛ ليُعمَر به بقيته ، بيع ، وإلا بيع جميعه . قال في « الفروع » : ولم أجده ما قاله لأحد قبله .

فصل : قال أحمد ، في رواية أبي داود ، في مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَيُجْعَلُ تَحْتَهُ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيتٌ . فَاُمْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ ذَلِكَ : يُنْظَرُ إِلَى قَوْلِ أَكْثَرِهِمْ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ هَذَا مَسْجِدٌ أَرَادَ أَهْلُهُ إِنِشَاءَهُ ابْتِدَاءً ، وَاخْتَلَفُوا كَيْفَ يُعْمَلُ ، وَسَمَّاهُ مَسْجِدًا قَبْلَ بِنَائِهِ تَجَوُّزًا ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ إِلَيْهِ ، أَمَّا بَعْدَ بِنَائِهِ لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سِقَايَةً وَلَا حَوَانِيتَ . وَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَسْجِدًا ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ وَجَعْلَ مَا تَحْتَهُ سِقَايَةً ؛ لِحَاجَتِهِمْ إِلَى ذَلِكَ .

قال : والمُرَادُ مع اتِّحَادِ الْوَقْفِ^(١) ، كَالْجِهَةِ ، ثُمَّ إِنْ أَرَادَ عَيْنَيْنِ ؛ كَدَارَيْنِ ، فَظَاهِرٌ . وَكَذَا إِنْ أَرَادَ عَيْنًا وَاحِدَةً ، وَلَمْ تَنْقُصِ الْقِيَمَةُ بِالتَّشْقِيقِ ، فَإِنْ نَقَصَتْ ، تَوَجَّهَ الْبَيْعُ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ كَيْفَ وَصَى لِدَيْنٍ ، أَوْ حَاجَةٍ صَغِيرٍ ، بَلْ هَذَا أَسْهَلُ ؛ لَجَوَازِ تَغْيِيرِ صِفَاتِهِ لِمَصْلَحَةٍ ، وَيَبِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ . انْتَهَى . وَقَوْلُ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » : وَالْمُرَادُ مع اتِّحَادِ الْوَقْفِ . ظَاهِرٌ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِمَارَةُ وَقْفٍ مِنْ رَجَبٍ وَقَفٍ آخَرَ ، وَلَوْ اتَّحَدَتِ الْجِهَةُ . وَقَدْ أَفْتَى الشَّيْخُ عُبَادَةُ^(٢) ، مِنْ أُمَّةِ أَصْحَابِنَا ، بِجَوَازِ عِمَارَةِ وَقْفٍ مِنْ وَقْفٍ آخَرَ عَلَى جِهَتِهِ . ذَكَرَهُ ابْنُ رَجَبٍ فِي « طَبَقَاتِهِ »^(٣) ، فِي تَرْجَمَتِهِ . قُلْتُ : وَهُوَ قَوِيٌّ ، بَلْ عَمِلَ النَّاسُ عَلَيْهِ . لَكِنْ قَالَ شَيْخُنَا فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » : إِنَّ كَلَامَهُ فِي « الْفُرُوعِ » أَظْهَرُ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَمَاعِدَا الْمَسْجِدِ مَنْ

(١) فِي النِّسْخِ وَالْفُرُوعِ : « الْوَاقِفِ » .

(٢) عِبَادَةُ بْنُ عَبْدِ الْغَنِيِّ بْنِ مَنْصُورِ الْحَرَاوِيِّ الدِّمَشْقِيِّ ، زَيْنُ الدِّينِ ، أَبُو مُحَمَّدٍ ، فَقِيهٌ مَفْتًى ، شُرُوطِيٌّ ، تَفَقَّهَ عَلَى ابْنِ تَيْمِيَّةٍ ، وَتَقَدَّمَ فِي الْفِقْهِ ، وَكَانَ عَالِمًا جَدِيدَ الْفَهْمِ ، صَالِحًا دِينًا ، وَكَانَ يَلِي الْعُقُودَ وَالْفُسُوحَ ، وَيَكْثُرُ الْكِتَابَةُ فِي الْفَتَاوَى . تَوَفَّى سَنَةَ تِسْعٍ وَثَلَاثِينَ وَسَبْعِمِائَةٍ . ذِيلُ طَبَقَاتِ الْحَنَابِلَةِ ٢/٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٣) انْظُرْ : ذِيلُ طَبَقَاتِ الْحَنَابِلَةِ ٢/٤٣٣ .

والأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلى ، وإن خَالَفَ الظَّاهِرَ ، فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ
وإِبْدَالُهُ وَبَيْعُ سَاحَتِهِ وَجَعْلُهَا سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الِاتِّفَاعِ بِهِ ،
وَالْحَاجَةُ إِلَى سِقَايَةٍ [٥ / ٢٣٤ و] وَحَوَانِيتَ لَا تُعْطَلُ نَفْعَ الْمَسْجِدِ ، فَلَا يَجُوزُ

الأَوْقَافِ ، يُبَاعُ بَعْضُهُ لِإِصْلَاحِ مَا بَقِيَ . وقال : يَجُوزُ اخْتِصَارُ الْآيَةِ إِلَى أَضْعَافِهَا ،
إِذَا تَعَطَّلَتْ ، وَإِنْفَاقُ الْفَضْلِ عَلَى الْإِصْلَاحِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ الْاِخْتِصَارُ ، اخْتِمَلْ جَعْلَهَا
نَوْعًا آخَرَ مِمَّا هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَاخْتِمَلْ أَنْ يُبَاعَ ، وَيُضَرَفَ فِي آيَةٍ مِثْلِهَا ،
وَهُوَ الْأَقْرَبُ . انتهى . قلتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . الثَّانِيَةُ ، حَيْثُ جُوزَ نَابِعُ الْوَقْفِ ،
فَمَنْ يَلِي بَيْعَهُ ؟ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ ؛ كَالْمَسَاجِدِ ،
وَالْقَنَاطِرِ ، وَالْمَدَارِسِ ، وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . فَإِنْ
كَانَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ وَنَحْوِهَا ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الَّذِي يَلِي الْبَيْعَ
الْحَاكِمُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعُوا [٢ / ٢٥٣ ظ] بِهِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ
« الرُّعَايَةِ » فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ، وَالْحَارِثِيُّ ، وَالزَّرْكَشِيُّ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ . وقال :
نَصَّ عَلَيْهِ . وقيل : يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ عَلَيْهِ ، إِنْ كَانَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ
الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . قلتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ،
فَهَلْ يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ، أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، أَوِ الْحَاكِمُ ؟ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ،
يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : إِذَا تَعَطَّلَ الْوَقْفُ ، فَإِنَّ النَّاطِرَ
فِيهِ يَبِيعُهُ وَيَشْتَرِي بِمَنْعِهِ مَا فِيهِ مِنْ نَفْعَةٍ تُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفَاتِحِ » : وَيَتَوَلَّى الْبَيْعَ نَاطِرُهُ الْخَاصُّ . حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، فَقَالَ : يَبِيعُهُ النَّاطِرُ فِيهِ . قَالَ فِي
« التَّلْخِيسِ » : وَيَكُونُ الْبَائِعُ الْإِمَامَ أَوْ نَائِبَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي

صَرَفَهُ فِي ذَلِكَ . وَلَوْ جَازَ جَعْلُ أَسْفَلَ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَحَوَانِيَتٍ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ ، لَجَازَ تَخْرِيبُ الْمَسْجِدِ وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَحَوَانِيَتٍ ، وَيَجْعَلُ بِذَلِكَ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ ، وَلَهُ مَنَارَةٌ ، فَرَخَّصَ فِي نَقْضِهَا ، وَبِنَاءِ حَائِطِ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

بَثْمَنِهِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَقْفِ نَاطِرٌ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ؛ فَقَالَ : وَنَاطِرُهُ شَرْعًا يَلِي عَقْدَ بَيْعِهِ وَقِيلَ أَنْ يُعَيِّنَ مَالِكُ التَّنْفَعِ يُعْقَدُ ^(١) وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فَقَالَ : فَلْنَنَاطِرِهِ الْخَاصَّ بَيْعُهُ ، وَمَعَ عَدَمِهِ ، يَفْعَلُ ذَلِكَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . قُلْتُ : إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : بَلْ يَفْعَلُهُ مُطْلَقًا الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ ، كَالْوَقْفِ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، فَقَالَ : فَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنْفَعَتُهُ ، فَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ التَّنْفَعِ عَلَيْهِ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَصَرْفِ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ . وَكَذَا قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَابْنُ الْبَنَّا فِي « عُقُودِهِ » ، وَابْنُ الْجَوَزِيِّ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَالسَّامَرِيُّ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَأَبُو الْمَعَالِي ابْنُ مُنْجَى فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَابْنُ أَبِي الْمَجْدِ فِي « مُصَنَّفِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، فَقَالَ : وَمَا بَطَلَ نَفْعُهُ ، فَلَمَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ . قُلْتُ : إِنْ مَلَكَهُ . وَقِيلَ : بَلْ لِنَاطِرِهِ بَيْعُهُ بِشَرْطِهِ . انْتَهَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالْقَوْلُ الثَّلَاثُ ، يَلِيهِ الْحَاكِمُ . جَزَمَ بِهِ الْحَلْوَانِيُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَعْدَلُ » .

في « التَّبَصُّرَةِ » ، فقال : وإذا خَرِبَ الْوَقْفُ ، ولم يَرُدُّ شَيْئًا ، أو خَرِبَ الْمَسْجِدُ ومَاحُوْلُهُ ، ولم يُنْتَفَعْ به ، فلِلْإِمَامِ بَيْعُهُ وَصَرَفُ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ . انتهى . وقَدَّمَ هَذَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَنَصَرَهُ شَيْخُنَا فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » ، وَقَوَّاهُ بِأَدِلَّةٍ وَأَقْيَسَةٍ . وَعَمَلُ النَّاسِ عَلَيْهِ ، وَاخْتَارَهُ الْحَارِثِيُّ . وَهَذَا مِمَّا خَالَفَ الْمُصْطَلَحَ الْمُتَقَدِّمَ . فَعَمِلَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، لَوْ عُذِمَ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ، فَقِيلَ : يَلِيهِ الْحَاكِمُ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَالْحَارِثِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ^(١) . وَذَكَرَهُ نَصُّ أَحْمَدَ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ^(٢) . وَقِيلَ : يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » أَيْضًا ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ، ^(٣) وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَطَعَ بِهِ الزَّرْكَشِيُّ ، وَحَكَاهُ عَنِ الْأَصْحَابِ . وَكَذَا مَا حَكَيْنَاهُ عَنْهُمْ ^(٤) . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ : يَلِيهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . وَإِلَّا فَلَا . اخْتَارَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » . قُلْتُ : وَلَعَلَّهُ مُرَادٌ مَنْ أَطْلَقَ .

تَنْبِيهِ : تَلَخَّصَ لَنَا مِمَّا تَقَدَّمَ فِي مَنْ يَلِي الْبَيْعَ طُرُقٌ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ وَنَحْوِهِ ، فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلِيهِ الْحَاكِمُ . قَوْلًا وَاحِدًا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْوَقْفِ . وَالطَّرِيقُ الثَّانِي ، يَلِيهِ النَّاطِرُ ، إِنْ كَانَ ، ثُمَّ الْحَاكِمُ . وَهِيَ طَرِيقَتُهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ ، فَفِيهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْعِدَّة » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

طُرُقُ للأصحاب ؛ أحدها ، يليه الناظرُ . قولًا واحدًا . وهى طريقة المَجْدِ فى الإِصْصافِ
 « مُحرَّره » ، والزَّرْكَشِيُّ . وعزاه إلى نصِّ أحمدَ ، واختيارِ الأصحابِ . والطَّرِيقُ
 الثَّانِى ، يليه المَوْقُوفُ عليه^(١) . قولًا واحدًا . وهو ظاهرُ ماقطَع به فى
 « الهداية » ، و « الفصول » ، و « عقود ابنِ البَنا » ، و « المذهب » ،
 و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « مصنف
 ابنِ أبى المَجْدِ » ، كما تقدَّم . الطَّرِيقُ الثَّالثُ ، يليه الحَاكِمُ . قولًا واحدًا . وهى
 طريقة الحَلَوَانِىِّ فى « التَّبَصُّرَةِ » . الطَّرِيقُ الرَّابِعُ ، يليه الناظرُ الخاصُّ ، إنْ كانَ ،
 فَإِنْ لم يَكُنْ ، فَيَلِيه الحَاكِمُ . قولًا واحدًا . وهى طريقة صاحبِ « التَّلْخِصِ » .
 الطَّرِيقُ الْخَامِسُ ، هل يَلِيه الناظرُ الخاصُّ ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو المَوْقُوفُ عليه ؟ فيه
 وَجْهَانِ . وهى طريقة النَّاطِلِمْ . الطَّرِيقُ السَّادِسُ ، طريقة صاحبِ « الرَّعَايَةِ
 الصُّغْرَى » ، وهى ، هل يَلِيه^(١) المَوْقُوفُ عليه ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو إِنْ قُلْنَا :
 يَمْلِكُهُ . واختاره ، أو الناظرُ ؟ على ثلاثة أقوالٍ . الطَّرِيقُ السَّابِعُ ، هل يَلِيه المَوْقُوفُ
 عليه ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو الناظرُ ؟ فيه وَجْهَانِ . وهى طريقته فى « الحاوى الصَّغِيرِ » .
 الطَّرِيقُ الثَّامِنُ ، طريقته فى « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ وهى ، هل يَلِيه الناظرُ الخاصُّ ،
 إِنْ كانَ هو المُقَدَّمُ ، أو الحَاكِمُ ؟ حَكَاه فى كِتَابِ الْوَقْفِ ، فيه قولان . وَإِنْ لم يَكُنْ
 له ناظرٌ خاصُّ ، فهل يَلِيه الحَاكِمُ ؛ وهو المُقَدَّمُ فى كِتَابِ الْبَيْعِ ، وذكرَه نصُّ أحمدَ ؟
 أو المَوْقُوفُ عليه ؛ وهو المُقَدَّمُ فى كِتَابِ الْوَقْفِ ؛ وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ . واختاره ،
 على [٢٥٤/٢] ثلاثة أقوالٍ . الطَّرِيقُ الثَّاسِعُ ، هل يَلِيه الحَاكِمُ مُطْلَقًا ؛ وهو
 المُقَدَّمُ ، أو المَوْقُوفُ عليه ؟ على وَجْهَيْنِ . وهى طريقة صاحبِ « الفروع » .

(١) سقط من : الأصل .

الطَّرِيقُ العَاشِرُ ، يَلِيهِ النَّاطِرُ الْخَاصُّ ، إِنْ كَانَ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَهَلْ يَلِيهِ الْحَاكِمُ ، أَوِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، إِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ مُطْلَقَيْنِ . وَهِيَ طَرِيقَةٌ صَاحِبِ « الْفَائِقِ » . فَهَذِهِ اثْنَتَا عَشْرَةَ طَرِيقَةً ؛ ثِنْتَانِ فِيمَا هُوَ عَلَى سُبُلِ الْخَيْرَاتِ وَنَحْوِهِ ، وَعَشْرَةٌ فِي غَيْرِهِ .

الفائدة الثالثة : إِذَا بَاعَ الْوَقْفُ وَاشْتَرَى بَدْلَهُ ، فَهَلْ يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ الشَّرَاءِ ، أَمْ لَا بَدَلٌ مِنْ تَجْدِيدِ وَقْفِيَّتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَذَكَرَهُمَا ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » عَنْ بَعْضِهِمْ ، فِيمَا إِذَا أَتَلَفَ الْوَقْفَ مُتْلِفٌ ، وَأُخِذَتْ قِيمَتُهُ ، فَاشْتُرِيَ بِهَا بَدْلُهُ . وَأُطْلِقَهُمَا ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ الشَّرَاءِ . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، عِنْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ ، فِي وَطْءِ الْأَمَةِ الْمَوْقُوفَةِ : إِذَا أَوْلَدَهَا ، فَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا ، يَكُونُ وَقْفًا . ظَاهِرُهُ أَنَّ الْبَدَلَ يَصِيرُ وَقْفًا بِمَجَرَّدِ ^(١) الشَّرَاءِ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامٍ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ هُنَا ؛ لِاِقْتِصَارِهِمْ عَلَى بَيْعِهِ وَشِرَائِهِ بَدْلَهُ . وَصَرَّحَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، فَقَالَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ : وَيُصَرَّفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ ، وَيَصِيرُ وَقْفًا ، كَالْأَوَّلِ . ^(٢) وَصَرَّحَ بِهِ أَيْضًا فِي « الرُّعَايَةِ » فِي مَوْضِعَيْنِ ، فَقَالَ : فَلِنَاظِرِهِ الْخَاصُّ بَيْعُهُ وَصَرَفُ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ أَوْ بَعْضِ مِثْلِهِ ، وَيَكُونُ مَا اشْتَرَاهُ وَقْفًا كَالْأَوَّلِ ^(٣) . وَقَالَ فِي أَثْنَاءِ الْوَقْفِ : فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حَدَّ ، وَلَا مَهْرَ . ثُمَّ قَالَ : وَفِي أُمِّ وَلَدِهِ تَعَتَّقُ بِمَوْتِهِ ، وَتُؤَخَذُ قِيمَتُهَا مِنْ تَرِكَتِهِ ، يُصَرَّفُ فِي مِثْلِهِ ، يَكُونُ بِالشَّرَاءِ وَقْفًا مَكَانَهَا . وَهَذَا صَرِيحٌ بِلَا شَكٍّ . وَقَالَ الْحَلَوَانِيُّ فِي « كِفَايَةِ الْمُبْتَدِئِ » ^(٤) : وَإِذَا خَرِبَ الْوَقْفُ ، وَانْعَدَمَتْ مَنْفَعَتُهُ ، يَبِيعُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ،

(١) فِي ط ، ١ : « بِنَفْسِ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : ط .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « كِتَابَةُ الْمُبْتَدِئِ » .

الإنصاف

وكان وَقْفًا كَالأَوَّلِ . وقال في « المُبْهَج » : وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَكُونُ وَقْفًا . قال شيخنا ؛ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ابنُ قُندُسٍ البَغْلِيُّ ، في حَوَاشِيهِ عَلَى « الْمُحَرَّرِ » : الَّذِي يَظْهَرُ أَنَّهُ مَتَى وَقَعَ الشَّرَاءُ لِحِجَّةِ الْوَقْفِ عَلَى الْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ ، وَلَزِمَ الْعَقْدُ ، أَنَّهُ يَصِيرُ وَقْفًا ؛ لِأَنَّهُ كَالْوَكِيلِ فِي الشَّرَاءِ ، وَالْوَكِيلُ يَقَعُ شِرَاؤُهُ لِلْمُوَكَّلِ ، فَكَذَا هَذَا يَقَعُ شِرَاؤُهُ لِلْحِجَّةِ الْمُشْتَرَى لَهَا ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا وَقْفًا . انتهى . وهو الصَّوَابُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لِأَبَدٍ مِنْ تَجْدِيدِ الْوَقْفِيَّةِ . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَإِذَا خَرِبَ الْوَقْفُ ، وَلَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ، بَيْعَ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَائِدُ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقْفًا كَالأَوَّلِ . وهو ظاهرُ كلامِهِ فِي « الْمُجَرَّدِ » أَيْضًا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : بِيَعْتُ وَصُرِفَ ثَمَنُهَا إِلَى شِرَاءِ دَارٍ ، وَتُجْعَلُ وَقْفًا مَكَانَهَا . قال الْحَارِثِيُّ : وَبِهِ أَقُولُ ؛ لِأَنَّ الشَّرَاءَ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِإِفَادَةِ الْوَقْفِ ، فَلِأَبَدٍ لِلْوَقْفِ مِنْ سَبَبٍ يُفِيدُهُ . انتهى . وَأَمَّا الزَّرْكَشِيُّ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَمُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَصِيرُ وَقْفًا بِمُجَرَّدِ الشَّرَاءِ ، بَلْ لِأَبَدٍ مِنْ إِقَافِ النَّاطِرِ لَهُ ، وَلَمْ أَرِ الْمَسْأَلَةَ مُصَرَّحًا بِهَا ، وَقِيلَ : إِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ . انتهى .

الفائدة الرَّابِعَةُ : اقْتَصَرَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَشِيُّ ؛ وَجَمَاعَةٌ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُشْتَرَى مِنْ جِنْسِ الْوَقْفِ الَّذِي يَبِيعُ ، بَلْ أَيْ شَيْءٍ اشْتُرِيَ بِثَمَنِهِ مِمَّا يَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، جَازَ . وَالَّذِي قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، أَنَّهُ يَصْرِفُهُ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ بَعْضِ مِثْلِهِ ؛ فَقَالَ : وَيَصْرِفُهُ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ بَعْضِ مِثْلِهِ ، قَالَهُ أَحْمَدُ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ ، كَجِهَتِهِ . وَقَدَّمَهُ الْحَارِثِيُّ ، وَقَالَ : هُوَ الْمَذْهَبُ . كَمَا قَالَ فِي الْكِتَابِ ، وَمَنْ عَدَاهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ فِي

المفنع وَمَا فَضَّلَ [١٥٦] مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ،
وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ .

الشرح الكبير ٢٦٠١ - مسألة : (وما فضل من حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ) عن حاجته (جاز صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ) وكذلك إن فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أو شيءٍ مِنْ نَقْضِهِ . قال أحمد ، في مَسْجِدٍ يُبْنَى فَيَبْقَى مِنْ خَشْبِهِ أو قَصْبِهِ أو شيءٍ مِنْ نَقْضِهِ ، قال : يُعَانُ بِهِ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . أو

الإنصاف الحَبِيسِ ، يُشْتَرَى مِثْلُهُ ، أو يُنْفَقُ ثَمَنُهُ عَلَى الدَّوَابِّ الْحَبِيسِ . الخامسة ، إذا بَاعَ الْمَسْجِدَ ، وَاشْتَرَى بِهِ مَكَانًا يُجْعَلُ مَسْجِدًا ، فَالْحُكْمُ لِلْمَسْجِدِ الثَّانِي ، وَيُطْلَقُ حُكْمُ الْأَوَّلِ . السَّادِسَةُ ، لَا يَجُوزُ نَقْلُ الْمَسْجِدِ مَعَ إِمْكَانِ عِمَارَتِهِ دُونَ الْعِمَارَةِ الْأُولَى . قَالَ فِي « الْفُنُونِ » ، وَقَالَ : أَفْتَى جَمَاعَةٌ بِخِلَافِهِ . وَغَلَطَهُمُ . السَّابِعَةُ ، يَجُوزُ رَفْعُ الْمَسْجِدِ ، إِذَا أَرَادَ أَكْثَرُ^(١) أَهْلِهِ ذَلِكَ ، وَجُعِلَ تَحْتَ سُفْلِهِ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيتٌ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَأَخَذَ بِهِ الْقَاضِي . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، فِي كِتَابِ الْجِهَادِ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِنْ أَرَادَ أَهْلُ مَسْجِدٍ رَفْعَهُ عَنِ الْأَرْضِ ، وَجُعِلَ سُفْلُهُ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيتٌ ، رُوِيَ أَكْثَرُهُمْ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ إِنْشَاءَهُ كَذَلِكَ ، وَهُوَ أَوْلَى . انْتَهَى . وَاخْتَارَ هَذَا ابْنُ حَامِدٍ ، وَأَوَّلَ كَلَامَ أَحْمَدَ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَرَدَّ هَذَا التَّأْوِيلَ بَعْضُ مُحَقِّقِي الْأَصْحَابِ مِنْ وُجُوهِ كَثِيرَةٍ . وَهُوَ كَمَا قَالَ .

قوله : وما فضل من حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ عَنْ حاجته ، جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ،

(١) سقط من : ط .

كما قال . وقال المروزي : سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد^(١) ، إذا فصل منه الشيء ، أو الخشبة ، قال : يتصدق به . وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت تصدق بها . وقال في موضع آخر : قد كان شية يتصدق بخلقان الكعبة . وروى الخلال بإسناده ، عن علقمة ، عن أمه ، أن شية بن عثمان الحجبي جاء إلى عائشة ، رضى الله عنها ، فقال : يا أم المؤمنين ، إن ثياب الكعبة تكثر عليها ، فتزرها ، فتحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب . قالت عائشة : بئس ما صنعت ، ولم تصب ، إن ثياب الكعبة إذا نزع لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ، ولكن لو بعثها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال : فكان شية يبعث بها إلى اليمن ، فتباع ، فيصنع ثمنها حيث أمرته عائشة . وهذه قضية مثلها ينتشر ، ولم تنكر ، فتكون إجماعاً ، ولأنه مال الله تعالى ، لم يبق له مصرف ، فصرف إلى المساكين ، كالوقف المنقطع .

والصدقة به على فقراء المسلمين . هذا المذهب ، نص عليه . وجزم به في الإنصاف « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، يجوز صرفه^(٢) في مثله دون الصدقة به . واختاره الشيخ تقي الدين ، وقال أيضاً : يجوز صرفه^(٣) في سائر المصالح ، وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم

(١) بوارى المسجد : حصره .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ ،.....

الشرح الكبير

٢٦٠٢ - مسألة : (ولا يجوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ) نصٌّ عليه أحمدٌ ، فقال : إن كانت غُرِسَتْ النَّخْلَةُ بَعْدَ أَنْ صَارَ مَسْجِدًا ، فهذه غُرِسَتْ بغيرِ حَقٍّ ، فلا أُحِبُّ الأَكْلَ منها ، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجاز ؛ وذلك لأنَّ الْمَسْجِدَ لم يُبَيِّنْ لهذا ، إِنَّمَا بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِي الْمَسْجِدَ وَتَمْنَعُ الْمُصَلِّينَ مِنَ الصَّلَاةِ فِي مَوْضِعِهَا ، وَيَسْقُطُ وَرَقُهَا فِي الْمَسْجِدِ وَثَمَرُهَا ، وَيَسْقُطُ عَلَيْهَا الطَّيْرُ وَتَبُولُ فِي الْمَسْجِدِ ، وَرُبَّمَا اجْتَمَعَ الصَّبْيَانُ فِي الْمَسْجِدِ مِنْ أَجْلِهَا وَرَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لَيْسُقُطَ [٢٣٤/٥ ط] ثَمَرُهَا .

الإنصاف

بِمَصْلَحَتِهِ . قال : وإن عُلِمَ أَنَّ رَيْعَهُ يَفْضُلُ عَنْهُ دَائِمًا ، وَجَبَ صَرْفُهُ ، ولا يجوزُ لغيرِ النَّاظِرِ صَرْفُ الْفَاضِلِ . انتهى . وقال في « الفائق » [٢٥٤/٢ ط] : وما فَضَّلَ مِنْ حُصْرِ الْمَسْجِدِ أَوْ زَيْتِهِ ، سَاغَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى جِيرَانِهِ . نصٌّ عليه . وعنه ، على الْفُقَرَاءِ . وحكى الْقَاضِي فِي صَرْفِهِ وَمَنْعِهِ رِوَايَتَيْنِ . وكذا الْفَاضِلُ مِنْ جَمِيعِ رَيْعِهِ ، يُصْرَفُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . قال الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ : وهو أَصَحُّ .

فائدة : قال الْحَارِثِيُّ : فَضْلَةُ غَلَّةِ الْمَوْقُوفِ عَلَى مُعَيَّنٍ ، يَتَعَيَّنُ إِزْصَادُهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ . قال الْحَارِثِيُّ : وَلَئِنَّمَا يَتَأَتَّى فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّرْفُ مُقَدَّرًا . وهو وَاضِحٌ .

قوله : ولا يجوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ . هذا الْمَذْهَبُ ، نصٌّ عليه ، وعليه جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ،

فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً فِيهِ ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، ^{المقنع}

٢٦٠٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا) يَعْنِي ^{الشرح الكبير}
إِذَا كَانَتِ الشَّجَرَةُ فِي أَرْضٍ ، فَجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا وَالشَّجَرَةَ فِيهَا ،

و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمَعْنَى » ، ^{الإنصاف}
و « الشَّرْحِ » ، و « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْفُرُوعِ » ،
و « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَذَكَرَ فِي « الْإِرْشَادِ » ، و « الْمُبْهَجِ » ، أَنَّهُ
يُكْرَهُ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » : إِنْ غُرِسَتْ بَعْدَ وَقْفِهِ ، قُلِعَتْ ، إِنْ ضَيِّقَتْ
مَوْضِعَ الصَّلَاةِ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَحْرُمُ غَرْسُهَا مُطْلَقًا . وَقِيلَ : إِنْ
ضَيِّقَتْ ، حَرَّمَ ، وَإِلَّا كُرِهَ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، تَقْلَعُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ
غُرِسَتْ بَعْدَ وَقْفِهِ ، قُلِعَتْ . وَقِيلَ : إِنْ ضَيِّقَتْ مَوْضِعَ الصَّلَاةِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَتَقَدَّمَ
كَلَامُهُ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، يَكُونُ ثَمَرُهَا لِمَسَاكِينِ أَهْلِ
الْمَسْجِدِ . قَالَ فِي « الْإِرْشَادِ » : قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ : وَالْأَقْرَبُ
حِلُّهُ لغيرِهِمْ مِنَ الْمَسَاكِينِ أَيْضًا . وَقَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : هِيَ ^(١) لِلْمَالِكِ
الْأَرْضِ الْمَعْرُوسِ بِهَا غَضَبًا . انْتَهَى .

قوله : فَإِنْ كَانَتْ مَعْرُوسَةً فِيهِ ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا . يَعْنِي ، إِذَا كَانَتْ مَعْرُوسَةً
قَبْلَ بِنَائِهِ ، أَوْ وَقْفِهَا مَعَهُ . فَإِذَا وَقَفَ مَعَهُ ، وَعَيَّنَ مَصْرِفَهَا ، عُمِلَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ
مَصْرِفَهَا ، كَانَ حُكْمُهَا حُكْمَ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ
الْمُصَنِّفُ هُنَا : جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا ، وَهَذَا مَنْصُوصٌ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . وَقَدَّمَهُ

(١) سقط من : ط .

المقنع رَحِمَهُ اللهُ : إِذَا لَمْ تَكُنْ بِالْمَسْجِدِ حَاجَةً إِلَى ثَمَنِهَا ، فَإِنْ احتَاجَ صُرِفَ ذَلِكَ فِي عِمَارَتِهِ .

الشرح الكبير فلا بَأْسَ . قال أحمدُ في مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يعني أن يَبِيعَهَا مِنَ الْجِيرَانِ . وقال في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، في النِّبَقَةِ^(١) : لا تُبَاعُ ، وَتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الدَّرَبِ يَأْكُلُونَهَا . وذلك ، واللهُ أَعْلَمُ ، لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ لَمَّا جَعَلَهَا مَسْجِدًا وَالشَّجَرَةَ فِيهَا ، فَقَدْ وَقَفَ الْأَرْضَ وَالشَّجَرَةَ مَعًا ، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَصْرِفَهَا ، فَصَارَتْ كَالْوَقْفِ الْمُطْلَقِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ مَصْرَفٌ . وقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ صَاحِبُهَا : هَذِهِ وَقْفٌ عَلَى الْمَسْجِدِ . فَيَنْبَغِي أَنْ تُبَاعَ ثَمَرَتُهَا وَتُصْرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى الْمَسْجِدِ وَهِيَ فِي غَيْرِهِ . وقال أبو الْخَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّ الْمَسْجِدَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ثَمَنِ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، يَبِيعُ ، وَصُرِفَتْ فِي عِمَارَتِهِ . وَقَوْلُ^(٢) أَحْمَدَ : يَأْكُلُهَا الْجِيرَانُ . مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ يَعْمُرُونَهُ ، فَإِنْ اسْتَعْنَى الْمَسْجِدُ عَنْهَا ، فَلَا بَأْسَ بِالْأَكْلِ مِنْهَا . واللهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

الإِنصافُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقال فِي « الْهَدَايَةِ » ، بَعْدَ أَنْ قَدَّمَ الْمَنْصُوصَ : وَعِنْدِي أَنَّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَسْجِدِ حَاجَةً إِلَى ثَمَنِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْجِيرَانَ يَعْمُرُونَهُ وَيَكْسُونَهُ . وَقَطَعَ بِمَا حَمَلَهُ عَلَيْهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَاعْلَمْ أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : يُصْرَفُ فِي مَصَالِحِهِ ، وَإِنْ اسْتَعْنَى عَنْهَا ،

(١) فِي م : « النِّبَقَةُ » .

(٢) فِي م : « قَالَ » .

فلجاره أَكُلَ ثَمَرِهِ . نصَّ عليه . وجزَمَ به في « الفائقِ » وغيرِهِ . وقال جماعةٌ : إذا استَغْنَى عنها المَسْجِدُ ، فلجاره ولغيرِهِ الأكلُ منها . وقيل : يجوزُ الأكلُ للجارِ الفقيرِ . وقيل : يجوزُ للفقيرِ مُطلقًا . قدَّمه في « الرَّعايةِ الكُبرى » ، فقال : وثمرُها لفقراءِ الدَّربِ . وتقدَّم في آخرِ الاغتِكاكِفِ ، هل يجوزُ البَيْعُ والشُّراءُ في المَسْجِدِ أو يَحْرُمُ ؟ وهل يصِحُّ أو لا ؟

فائدة : يَحْرُمُ حَفْرُ بئرٍ في المَسْجِدِ ، فإنْ فُعِلَ ، طُمَ . نصَّ عليه في رِوايةِ المَرْوُذِيِّ . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وقال في « الرَّعايةِ الكُبرى » في إحياءِ المَوَاتِ . لم يَكْرَهُ أَحْمَدُ حَفْرَها فيه . ثم قال : قلتُ : بلى ، إنْ كُرِهَ الوُضوءُ فيه . انتهى . وقال الحارِثِيُّ ، في العَصْبِ : وإنْ حَفَرَ بئرًا في المَسْجِدِ لِلْمَصْلَحَةِ العامَّةِ ، فعليه ضَمَانُ ما تَلَفَ بها ؛ لأنَّه مَمْنوعٌ منه ؛ إذِ الْمَنْفَعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ لِلصَّلَاةِ ، فتُعْطِيها عُدْوَانٌ . ونصَّ على الْمَنْعِ مِنْ رِوايةِ المَرْوُذِيِّ . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَالْحَفْرِ فِي السَّابِلَةِ ؛ لِاشْتِرَاكِ الْمُسْلِمِينَ فِي كُلِّ مِنْهُما ، فَالْحَفْرُ فِي أَحَدَاهُمَا كَالْحَفْرِ فِي الْأُخْرَى ، فَتَجْرِي فِيهِ رِوايةُ ابْنِ ثَوَابٍ ، بَعْدَ الضَّمَانِ . انتهى .

فائدة : قال في « الفُروعِ » : وإنْ بَنَى أو غَرَسَ ناظِرٌ في وَقْفٍ ، تَوَجَّهَ أَنَّهُ لَهُ ، إنْ أَشْهَدَ ، وإلَّا لِلْوَقْفِ ، وَيَتَوَجَّهُ فِي أَجْنَبِيِّ بَنَى أو غَرَسَ ، أَنَّهُ لِلْوَقْفِ بِنَيْتِهِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : يَدُ الْوَاقِفِ ثَابِتَةٌ عَلَى الْمُتَّصِلِ بِهِ ، ما لم تَأْتِ حُجَّةٌ تَدْفَعُ مُوجِبًا ؛ كَمَعْرِفَةِ كَوْنِ الْغَارِسِ غَرَسَهُ بِمَالِهِ بِحُكْمِ إِجَارَةٍ أو إِعَارَةٍ أو غَضَبٍ . وَيَدُ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى الْمَنْفَعَةِ ، فليس له دَعْوَى الْبِنَاءِ بِلا حُجَّةٍ ، وَيَدُ أَهْلِ الْعَرَضَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ثَابِتَةٌ عَلَى ما فيها بِحُكْمِ الْاِشْتِرَاكِ ، إِلَّا مع بَيِّنَةٍ باخْتِصاصِهِ بِنِئَاءٍ ، ونحوِهِ .

فهرس الجزء السادس عشر من الشرح الكبير والإِنصاف

الصفحة

باب الودیعة

- فائدة : الودیعة عبارة عن توكل لحفظ مال
غيره تبرعاً بغير تصرف ... ٥
- ٢٤٣٢ - مسألة : (وهى أمانة لا ضمان عليه فيها ، إلا أن
يتعدى . وإن تلفت من بين ماله ، لم
يضمن ، فى أصح الروایتين) ٧ - ٩
- فائدة : لو تلفت مع ماله من غير تفريط ، فلا
ضمان عليه ... ٨
- فصل : فإن شرط المودع على المستودع
ضمان الودیعة ، فقبله ، أو قال : أنا
ضامن لها . لم يضمن ... ٩
- ٢٤٣٣ - مسألة : (ويلزمه حفظها فى حِرْزٍ مثلها) ٩ ، ١٠
- ٢٤٣٤ - مسألة : (وإن عین صاحبها حِرْزاً ، فجعلها فى
دونه ، ضمن) ١٠
- ٢٤٣٥ - مسألة : (وإن أحرزها فى مثله ، أو فوقه ، لم
يضمن) ١١
- تنبيه : قال الحارثى : لا فرق ، فيما ذكر ،
بين الجعل أولاً ، فى غير المعین ،
وبين النقل إليه ... ١٢
- ٢٤٣٦ - مسألة : (وإن نهاه) المالك (عن إخراجها)
فأخرجها (لغشيان شيء الغالب منه

١٢ - ١٤

التَّوَى ، لم يضمن)

فائدة : لو تعذر الأمثل والمماثل ، والحالة

١٤ هذه ، فلا ضمان ...

٢٤٣٧ - مسألة : (فإن قال : لا تخرجها وإن خفت عليها .

فأخرجها عند الخوف ، أو تركها ، لم

١٦ ، ١٥

يضمن)

فصل : إذا أخرج الوديعة المنهى عن

١٥ إخراجها ، فتلفت ، ...

فصل : ولو أمره أن يجعلها في منزله ،

فتركها في ثيابه ، وخرج بها ،

١٦ ضمنها ؛ ...

تنبيه : ظاهر كلامه ، أنه لو أخرجها من غير

١٦ خوف ، أنه يضمن ...

٢٤٣٨ - مسألة : (وإن أودعه بهيمة ، فلم يعلقها حتى

ماتت ، ضمنها ، إلا أن ينهائى المالك عن

٢٠ - ١٧

علقها)

فوائد ؛ منها ، لو أمره بعلقها ، لزمه ذلك

١٨ مطلقاً ...

ومنها ، لو نهاه عن علقها ، انتفى

وجوب الضمان بالنسبة إلى

١٨ حظ المالك ، ...

ومنها ، إن كان إنفاقه عليها بإذن

١٨ ربها ، فلا كلام ...

ومنها ، لو خيف على الثوب العث ،

٢٠ وجب عليه نشره ، ...

- فصل : فإن ناه المالك عن علفها وسقيها ،
 لم يجز له ترك علفها ؛ ... ١٩
- ٢٤٣٩ - مسألة : (وإن قال : اترك الوديعة في جيبك .
 فتركها في كُمِّه ، ضمن) ٢١ - ٢٥
- فوائد تتعلق بحفظ الوديعة ومخالفة المُستودع
 صاحب الوديعة ، بعدم حفظها في
 الموضع الذى طلبه منه وحكم
 الضمان . ٢٢ - ٢٥
- فصل : وإن أمره أن يجعلها في صندوق ،
 وقال : لا تقفل عليها ، ولا تنم
 فوقها . فخالفه ، ... ٢٤
- فصل : وإن قال : اجعلها في هذا البيت ،
 ولا تدخله أحدًا . فأدخل إليه
 قومًا ، فسرقها أحدهم ،
 ضمنها ؛ ... ٢٥
- ٢٤٤٠ - مسألة : (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله ؛
 كزوجته ، أو عبده ، لم يضمن) . ٢٦
- فوائد تتعلق بحكم ردّ الوديعة إلى كل من
 زوجة المُودع أو عبده ، أو ولده ،
 أو شريكه ، وحكم الاستعانة
 بالأجانب في حملها ونقلها وسقى
 الدابة وعلفها . ٢٦ ، ٢٧
- ٢٤٤١ - مسألة : (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ، ضمن ،
 وليس للمالك مطالبة الأجنبي . وقال
 القاضى : له ذلك) ٢٧ - ٢٩

- ٢٤٤٢ - مسألة : (وإن أراد سفرًا ، أو خاف عليها عنده ،
 ٣٠ رَدُّها على مالكها)
- ٢٤٤٣ - مسألة : (فإن لم يجده ، حملها معه إن كان أحفظ
 ٣١ - ٣٣ لها)
- تنبيهان ؛ أحدهما ، ظاهر قوله : فإن لم
 يجده ، حملها معه ،
 ٣١ إن كان أحفظ لها ...
- الثاني ، ظاهر كلام المصنف ، أنه
 إذا استوى عليه الأمران في
 الخوف مع الإقامة والسفر ،
 ٣١ أنه لا يحملها معه ...
- فوائد تتعلق بحكم السفر بالوديعة ، وتلفها
 بالسفر ، وحكم رجوعه بما أنفق
 عليها .
 ٣٢
- ٢٤٤٤ - مسألة : فإن لم يجد صاحبها ولا وكيله ، فله دفعها إلى
 ٣٣ ، ٣٤ الحاكم ، ...
- فائدة : الودائع التي جهل مُلاكها يجوز
 ٣٤ التصرف فيها بدون حاكم ...
- ٢٤٤٥ - مسألة : (فإن تعذر ذلك ، أودعها ثقة ، أو دفنها
 ٣٤ - ٣٦ وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار ، ...)
- فصل : وإن حضره الموت ، فحكمه حكم
 ٣٥ السفر ، ...
- فائدة : حكم من حضره الموت حكم من
 ٣٥ أراد سفرًا ، ...
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه إذا تبرم

- بالوديعة ، فليس له الدفع إلى
 ٣٦ غير المودع أو وكيله ؛ ...
- ٢٤٤٦ - مسألة : (وإن تعدَّى فيها ، فركب الدابة لغير
 نفعها ، ولبس الثوب) أو أخذ الوديعة
 ليستعملها ، ... (ثم ردّها) ... ،
 ٣٧ ، ٣٦ ضمنها ؛ ...
- ٢٤٤٧ - مسألة : فإن (جحدّها ثم أقرَّ بها) فتلقت ،
 ٣٨ ، ٣٧ ضمنها ؛ ...
- ٢٤٤٨ - مسألة : فإن (كسر ختم كيسها) أو كانت
 ٣٨ مشدودة فحلَّ الشدُّ ، ضمن ، ...
- ٢٤٤٩ - مسألة : وإن (خلطها بما لا تتميز منه ، ضمنها) ٣٩ ، ٣٨
 فائدة : لو اختلطت الوديعة بغير فعله ،
 ٣٩ ثم ضاع البعض ، ...
- ٢٤٥٠ - مسألة : (وإن خلطها بمُتميِّز ، أو ركب الدابة
 ٤٠ ليسقيها ، لم يضمن)
- ٢٤٥١ - مسألة : (وإن أخذ درهما ثم ردّه ، فضاع الكل ،
 ٤١ - ٤٥ ضمنه وحده)
- فصل : وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو
 بالجحد ، ثم ردّها إلى صاحبها ،
 ٤٣ زال عنه الضمان ، ...
- فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير مُتميِّز ،
 ٤٣ وتلف نصف المال ، فقليل ...
- تنبيهات ؛ الأول ، قال الزركشي : إذا ردَّ
 بدل ما أخذ ،
 فللأصحاب في ذلك
 ٤٤ طرق ؛ ...

- الثاني ، شَرَطَ القاضى فى «المجرد» ،
و... ، أن تكون الدراهم
ونحوها غير مختومة ولا
مشدودة ، ... ٤٤
- الثالث ، قوة كلام المصنف وغيره
تقتضى أنه لا يضمن
بمجرد نية التعدى ، ... ٤٥
- ٢٤٥٢ - مسألة : (وإن أودعه صبي وديعة ، ضمنها ،
ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه) ٤٥ ، ٤٦
فائدة : لو أخذ الوديعة من الصبي تخليصاً لها
من الهلاك ، على وجه الحسبة ، ... ٤٥
- ٢٤٥٣ - مسألة : (وإن أودع الصبي) أو المعتوه (وديعة ،
فتلفت بتفريطه ، لم يضمن) ٤٦ ، ٤٧
فائدة : المجنون كالصبي ... ٤٧
- ٢٤٥٤ - مسألة : (وإن أودع عبداً وديعة فأتلفها) ٤٨ - ٥١
تنبيه : قيل : إن الوجهين اللذين فى العبد
مبنيان على الوجهين فى الصبي ... ٤٨
فصل : وإذا أودعه شيئاً ، ثم سألّه دَفَعَهُ إليه
فى وقتٍ أمكنه ذلك ، فلم يفعل
حتى تلف ، ضمنه ... ٤٩
فائدة : المدبّر ، والمكاتب ، والمعلق عتقه
على صفة ، وأمّ الولد ، كالقنّ فيما
تقدم ... ٤٩
- فصل : وليس على المُستودع مؤنة الرّدّ
وحملها إلى ربها ، إذا كانت مما

- ٥٠ حملها مؤنة ، ...
- فصل : إذا مات الرجل ، وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها ، فهي دين عليه ، تُعْرَم من تركته ، ...
- ٥٠ فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدّعيه من ردٍّ أو تلف أو إذن في دفعها إلى إنسان)
- ٥١ تنبيه : محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف ؛ ...
- ٥٢ فائدة : لو منع المودع - بفتح الدال - صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا عذر ، ثم ادّعى تلفا ، لم يُقبل إلا بينة ...
- ٥٣ فائدتان ؛ إحداهما ، لو ادّعى الأداء إلى وارث المالك ، لم يُقبل إلا بينة ...
- ٥٤ الثانية ، لو ادّعى الأداء على يد عبده ، أو زوجته ، أو خازنه ، فكدعوى الأداء بنفسه ...
- ٥٤ فائدة : هل يحلف مدّعي الرد والتلف والإذن في الدفع إلى الغير ، ومنكر الجناية والتفريط ، ونحو ذلك ؟ ...
- ٥٥ ٢٤٥٥ - مسألة : (وإن قال : لم تودعني . ثم أقرّها ، أو

- ثبتت بيّنة ، ثم ادعى الرد أو التلف ،
 لم يُقبل (قوله) (وإن أقام به بيّنة ...) ٥٥ - ٥٧
 فائدتان ؛ إحداهما ، لو شهدت بيّنة بالتلف
 أو الرد ، ولم تُعَيّن ،
 هل ذلك قبل جحوده
 أو بعده ؟ واحتمل
 الأمرين ، لم يسقط
 الضمان ... ٥٦
 الثانية ، لو قال : لك ودیعة . ثم
 ادّعى ظنّاً بقائها ، ثم
 علم تلفها ، أو ادعى الرد
 إلى ربها ، فأنكره ورثته ،
 فهل يُقبل قوله ؟ ... ٥٦
 ٢٤٥٦ - مسألة : (وإن قال : مالك عندي شيء . قبل قوله
 في الرد والتلف) ٥٨ ، ٥٧
 فصل : فإن نوى الخيانة في الوديعة بالجحود
 أو الاستعمال ، ولم يفعل ذلك ، لم
 يصير ضامناً ؛ ... ٥٨
 ٢٤٥٧ - مسألة : (وإن مات المودّع ، فادعى وارثه
 التسليم ، لم يقبل إلا بيّنة) ٥٩
 ٢٤٥٨ - مسألة : (فإن تلفت عنده قبل إمكان ردّها ، لم
 يضمنها) ٥٩ - ٦٢
 فائدة : إذا حصل في يده أمانة بدون رضا
 صاحبها ، وجبت المبادرة إلى
 ردّها ، ... ٦٠
 فصل : إذا مات المودّع وعنده وديعة معلومة
 بعينها ، ... ٦١

- فصل : ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميِّت
 ٦٢ أو ورثته ، أو بيّنة ...
 فائدة جليلة : تثبت الوديعة بإقرار الميت ،
 ٦٢ أو ورثته ، أو بيّنته ...
 ٢٤٥٩ - مسألة : (وإن ادعى الوديعة اثنان ، فأقر بها
 لأحدهما ، فهي له مع يمينه)
 ٦٤ ، ٦٣ فائدتان ؛ إحداهما ، لو تبيّن للمُقِرِّ بعد
 الاقتراع أنها
 ٦٤ للمقروع ، ...
 الثانية ، لو دفع الوديعة إلى من
 يظنه صاحبها ، ثم تبيّن
 خطؤه ، ضمنها
 ٦٤ لتفريطه ...
 ٢٤٦٠ - مسألة : (وإن أقرَّ بها لهما) جميعًا ، فهي
 بينهما ، ... (وإن قال : لا أعرف
 ٦٥ - ٦٧ صاحبها) ...
 فائدة : إذا قامت البيّنة بالعين لأخذ القيمة ،
 سلّمت إليه ، ورُدَّت القيمة إلى
 ٦٧ المودّع ، ولا شيء للقارِع ...
 ٢٤٦١ - مسألة : (وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزونًا ،
 ٦٨ فطلب أحدهما نصيبه ، سلّمه إليه)
 ٢٤٦٢ - مسألة : (وإن غُصِبَت الوديعة ، فهل للمودّع
 المطالبة بها ؟ على وجهين)
 ٦٨ - ٧٣ فوائد تتعلق بقياس حُكْم المضارب والمرتهن
 والمستأجر في المطالبة ، إذا غُصِبَ

منهم ما بأيديهم بالموذع ، وحكم
إكراه الموذع على دفعها لغير ربها ،
وحكم تأخير الموذع ردّ الوديعة بعد
طلبها بلا عذر ، وعدم ردها إلى وكيل
الموذع بعد أمره به وتمكنه منه ،
وتأخيره دفع مالٍ أمر بدفعه بلا عذر . ٦٩ - ٧٣

باب إحياء الموات

- (وهى الأرض الدائرة التى لا يُعْلَم أنها
مِلْكٌ) ٧٥
- ٢٤٦٣ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمَلِكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا
مَالِكٌ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ) ٧٧ - ٨١
- تنبيه : لفظ المصنف وغيره ، يقتضى تعميم
الخلاف فى المندرس بدار الإسلام
وبدار الحرب ، ... ٧٩
- فائدتان :- إحداهما ، لو ملكها مَنْ له حرمة ،
أَوْ مَنْ يُشَكُّ فِيهِ وَلَمْ
يُعْلَمْ ، لَمْ يَمْلِكْ
بالإحياء . ٨١
- الثانية ، لو عُلِمَ مَالِكُهَا ، وَلَكِنَّه
مَاتَ وَلَمْ يُعْقَبْ ، ... ٨٢
- ٢٤٦٤ - مسألة : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) ٨٢ - ٨٦
- فصل : ولا فرق بين المسلم والذمى فى
الإحياء . ٨٤
- تنبيه : ظاهر قول المصنف : فى دار الإسلام

٨٥

وغيرها .

فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم

٨٦

وعرفات بإحيائه ؟ ...

٨٧

٢٤٦٥ - مسألة : ويملكه (بإذن الإمام وغير إذنه)

٢٤٦٦ - مسألة : (إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي

٨٨ ، ٨٧

صولحوا عليها)

٢٤٦٧ - مسألة : (وما قُرب من العامر وتعلق بمصالحه ، لا

٩٢ - ٨٨

يملك بالإحياء ...)

فوائد تتعلق بحكم إقطاع ما قُرب من

العامر ، والاختلاف في الطريق وقت

الإحياء ، وإذا نَضَبَ الماء عن جزيرة ،

وما غلب الماء عليه من الأملاك

٩٢ - ٨٩

واستبحر .

٢٤٦٨ - مسألة : (ولا تُمْلِكُ المعادن الظاهرة ؛ ... ،

٩٦ - ٩٢

بالإحياء ، وليس للإمام إقطاعه)

تنبيهان ؛ أحدهما ، مفهوم قوله : ولا تملك

المعادن الظاهرة ؛ ... أن

٩٢ المعادن الباطنة تملك ...

التنبيه الثاني ، مفهوم قوله عن

المعادن الظاهرة :

وليس للإمام

٩٤

إقطاعه ...

فائدة : حكم المعادن الباطنة إذا كانت

ظاهرة ، حكم المعادن الظاهرة

٩٤

الأصل .

- فصل : فأما المعادن الباطنة ، ... ، فإن
كانت ظاهرة ، لم تملك أيضا
٩٥ بالإحياء ؛ ...
تنبيه : مثل المصنف وجماعة ، رحمهم الله ،
٩٥ من المعادن الظاهرة بالملح ...
٢٤٦٩ - مسألة : (فإن كان يُقرب الساحل موضع إذا
حصل فيه الماء صار ملحاً ، مُلك بالإحياء ،
٩٦ وللإمام إقطاعه)
٢٤٧٠ - مسألة : (وإذا ملك المُحيا ، ملك ما فيه من
المعادن الباطنة ، كمعادن الذهب
٩٧ والفضة)
٢٤٧١ - مسألة : (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار
أو كلاً أو شجر ، فهو أحقُّ به)
٩٨ ٢٤٧٢ - مسألة : ويلزمه بذل (ما فضل من مائه لبهائم
٩٩ - ١١١ غيره)
فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم
يصل إلى التَّيْل ، صار أحقُّ به ،
١٠١ كالمتحجر الشارع في الإحياء ...
فصل : ومن ملك معدناً ، فعمل فيه غيره
١٠٢ بغير إذنه ، ...
فوائد ؛ الأولى ، حيث قلنا : لا يلزمه بذله .
جازه لبيعه بكيل ، أو وزن
معلوم ، ويحرم بيعه مقدراً
بمدة معلومة خلافاً
١٠٢ للمالك ...

- الثانية ، إذا حفر بئرًا بمواتٍ
للسابلة ، فالناس
مشترون في مائها ،
والخافر كأحدهم في السقى
والزرع ، والشرب ... ١٠٣
الثالثة ، لو حفرها ارتفاعًا ؛ كحفر
السُّقارة في بعض المنازل ،
... ، فالبئر ملكٌ لهم... ١٠٤
الرابعة ، لو حفر تملكًا ، أو بملكه
الحى ، فنفس البئر ملك
له ... ١٠٦
فصل : إذا استأجر رجلًا ليحفر له عشرة
أذرع في دور كذا بدينار ،
صح ؛ ... ١٠٤
فصل : وما نضب عنه الماء من الجزائر ، لم
يملك بالإحياء . ١٠٥
فصل : قال ، رحمه الله : (وإحياء الأرض
أن يحوزها بحائط ، أو يجري لها
ماء) ... ١٠٦ - ١١٠
تنبيه : قوله : أو يجري لها ماء ... ١٠٨
فائدة : فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها
إلا بحبس الماء عنها ، كأرض
البطائح ، ونحوها ، فأحيائها بسد
الماء عنها ، ... ١٠٩
٢٤٧٣ - مسألة : (وإن حفر بئرًا عاديةً ، ملك حريمها

- خمسين ذراعًا . وإن لم تكن عاديةً ،
 ١١٧-١١١ . فحريمها خمسة وعشرون ...)
 فائدة : البئر العادية ، بتشديد الياء ؛ وهى
 القديمة ... ١١٤
 فوائدها تتعلق بحريم العين ، وحريم النهر ،
 وحريم القناة ، وحريم الشجر ،
 ١١٥-١١٤ . وحريم الأرض .
 فائدتان ؛ إحداهما ، قال فى المغنى ، ومن
 تابعه : إن سبق إلى
 شجر مباح ؛ ... ١١٦
 الثانية ، لو أذن لغيره فى عمله فى
 معدنه ، ... ، صح ؛ ... ١١٦
 ٢٤٧٤ - مسألة : (وقيل : حريمها قدر مدّ رشائها من كل
 جانب) ١١٧
 ٢٤٧٥ - مسألة : (وقيل : إحياء الأرض ما عُدَّ إحياءً ،
 وهو عمارتها بما تنبأ به لما يراد منها) ١١٧-١٢٠
 فصل : ولا بد أن تكون البئر فيها ماء ، ... ١١٨
 فصل : وإذا كان لإنسان شجرة فى موات ،
 فله حريمها قدر ... ١١٨
 فصل : ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر
 آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء
 البئر الأولى ، فليس له ذلك ، ... ١١٩
 ٢٤٧٦ - مسألة : (ومن تحجر مواتاً ، لم يملكه ، ...) ١٢٠-١٢٢
 تنبيه : قال الحارثى عن القول الذى حكاه
 المصنف : قد يراد إفادة التحجر
 للملك ، ... ١٢١

- ٢٤٧٧ - مسألة : (فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاؤُهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ
 ١٢٢ تَحْيِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تَتْرَكَهُ)
 فائدة : تحجر الموات ؛ هو الشروع في
 ١٢٢ إحيائه ، مثل ...
- ٢٤٧٨ - مسألة : (فَإِنْ طَلَبَ الْإِمْهَالُ ، أَمْهَلَ) ... ١٢٣ - ١٣٠
 تنبيه : فائدة الإمهال انقطاع الحق بمضى
 ١٢٣ المدة على الترك ...
- فصل : فَإِنْ ضُرِبَ لِلْمُتَحَجِّرِ مَدَّةٌ ،
 فانقضت المدة ولم يعمر ، فلغيره أن
 ١٢٥ يعمره ويملكه ؛ ...
- فائدتان ؛ الأولى ، لو أحياه غيره قبل ضرب
 ١٢٥ مدة المهلة ، لم يملكه .
 الثانية ، قال في الفروع بعد أن
 ١٢٥ ذكر الخلاف المتقدم: ...
- فصل : (وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يَحْيِيهِ ،
 ١٢٦ وَلَا يَمْلِكُ بِالْإِقْطَاعِ ، ...)
 فصل : وقد روى واثل بن حُجْر ، أن
 ١٢٨ النبي ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، للإمام إقطاع غير
 الموات تَمْلِكًا
 ١٢٨ وانتفاعًا ، ...
- الثانية ، قَسَمَ الْأَصْحَابُ الْإِقْطَاعَ
 ١٢٨ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ ؛ ...
- ٢٤٧٩ - مسألة : (وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطَّرِيقِ
 ١٣٠ ، ١٣١ الواسعة ...)

- تنبيه : تجوز المصنف إقطاع الجلوس
برحاب المسجد اختيار منه ؛ ... ١٣٠
- ٢٤٨٠ - مسألة : (فإن لم يقطعها ، فلمن يسبق الجلوس
فيها ، ...) ١٣١ - ١٣٣
- ٢٤٨١ - مسألة : فإن طال مقامه ، منع ، في أحد
الوجهين ؛ ... ١٣٤ ، ١٣٣
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه لا يفتقر
في الجلوس في هذه الأمكنة إلى إذن
الإمام في ذلك ، ... ١٣٣
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو أجلس غلامه أو
أجنبيًا ، ليجلس هو إذا
عاد إليه ، فهو كما لو
ترك المتاع فيه ؛ ... ١٣٣
- الثانية : له أن يظل على نفسه بما
لا ضرر فيه ، ... ١٣٣
- ٢٤٨٢ - مسألة : (وإن سبق اثنان) إليه ، احتمل أن
يقرع بينهما ، ... ١٣٤ - ١٣٦
- ٢٤٨٣ - مسألة : (وإن سبق إلى معدنٍ ، فهو أحق بما
ينال منه) ١٣٦
- ٢٤٨٤ - مسألة : (وهل يمنع إذا طال مقامه) للأخذ
(على وجهين) . ١٣٦ - ١٣٨
- فائدة : لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن
مباح ، ... ، أنه يقرع بينهما... ١٣٧
- ٢٤٨٥ - مسألة : (ومن سبق إلى مباح ؛ كصيد ، ...)
(وما ينبذه الناس رغبةً عنه) ... (فهو
أحق به) ١٣٨ - ١٤١

- تنبيه : فعلى المذهب ، قال الحارثي : إنما يتأتى هذا في المنضبط الداخل تحت اليد ؛ ... ١٣٩
- فائدة : وكذا الحكم في السبق إلى الطريق ... ١٤٠
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو ترك دابته بفلاة ، ... ١٤٠
- ملكها آخذها ... ١٤٠
- الثانية ، لو ألقى متاعه في البحر خوف الغرق ، ... ١٤٠
- ٢٤٨٦ - مسألة : (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك ، كمياه الأمطار ، فلمن في أعلاه أن يسقى ويحبس الماء ...) ١٤١ - ١٤٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو استوى اثنان في القرب من أول النهر ، اقتسما الماء بينهما . إن أمكن ، ... ١٤٤
- الثانية ، لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانيًا ، قبل انتهاء سقى الأراضي ، لم يكن له ذلك ... ١٤٥
- ٢٤٨٧ - مسألة : (فإن أراد إنسان إحياء أرض) ليسقيها من ماء النهر (جاز ، ...) ١٤٥ - ١٥٥
- فصل : الضرب الثاني ، الجارى في نهر مملوك ، وهو قسمان ؛ ... ١٤٧
- فائدة : لو كان الماء بنهر مملوك ، ... ١٤٧
- فما حصل فيه ملكه ... ١٤٧

- فصل : وإذا حصل نصيب إنسان في ساقيته،
 فله أن يسقى به ما شاء من
 الأرض ، ... ١٥٠
- فصل : ولكل واحدٍ منهم أن يتصرف في
 ساقيته المختصة به ... ١٥١
- فصل : وإن قسموا ماء النهر المشترك
 بالمهاياة ، جاز ، ... ١٥٢
- فصل : القسم الثاني : أن يكون منبع الماء
 مملوكًا ، ... ١٥٣
- فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركًا
 بين جماعة ، فأرادوا إكراءه،...،
 كان ذلك عليهم على حسب ملكهم
 فيه ، ... ١٥٤
- ٢٤٨٨ - مسألة : (وللإمام أن يحمي) أرضًا من الموات ،
 ترعى فيها دواب المسلمين ...) ١٥٨ - ١٥٥
- ٢٤٨٩ - مسألة : (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه) ١٥٨ - ١٦٠

باب الجمالة

- ٢٤٩٠ - مسألة : (وهي أن يقول : من رد عبدى ، أو
 لقطتى أو بنى لى هذا الحائط ، فله كذا) ١٦٢
- فائدة : قوله ، وهي أن يقول : من ردَّ
 عبدى ، أو لقطتى ، أو بنى لى
 هذا الحائط ، فله كذا ١٦٢
- تنبيه : قوله : من ردَّ عبدى . يقتضى
 صحة العقد فى رد الآبق ... ١٦٢

- ٢٤٩١ - مسألة : (فمن فعله بعد أن بلغه الجعل ،
استحقه) ... ١٦٣ ، ١٦٤
- فائدة : الجعالة نوع إجارة ؛ ... ١٦٣
- فائدة : لو رده من نصف الطريق المعينة ، أو
قال : من رد عبدي . فرد أحدهما ،
فله نصف الجعل ، ... ١٦٣
- ٢٤٩٢ - مسألة : (وإن فعله جماعة ، فهو بينهم) ١٦٤ - ١٦٦
- فصل : وإن قال : من رد عبدي من بلد
كذا ، فله دينار ... ١٦٥
- ٢٤٩٣ - مسألة : (وإن فعله قبل ذلك لم يستحقه ، ...) ١٦٦
- ٢٤٩٤ - مسألة : (وتصح على مدة مجهولة ، وعمل مجهول ،
إذا كان العوض معلوماً) ١٦٧ - ١٧١
- فصل : وكل ما جاز أن يكون عوضاً في
الإجارة ، جاز أن يكون عوضاً في
الجعالة ، ... ١٦٩
- فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم ، لم
تصح الجعالة ، ... ١٦٩
- فصل : فإن كان العمل معلوماً ، مثل
أن ... صح ؛ ... ١٧٠
- فائدة : لو قال : من داوى لى هذا حتى
يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده ،
فله كذا ... ١٧٠
- ٢٤٩٥ - مسألة : (وهى عقد جائز ، لكل واحدٍ منهما
فسخها ...) ١٧١
- ٢٤٩٦ - مسألة : (وإن اختلفا في أصل الجعل ، أو قدره ،

- ١٧٢ (فالقول قول الجاعل)
- ٢٤٩٧ - مسألة : (ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له ، إلا في رد الآبق) ... ١٧٣ - ١٧٥
- تنبيه : قال الحارثي في « شرحه » ، في قول المصنف : فالقول قول الجاعل :
- ١٧٣ تجوز منه ، ...
- فائدة : وكذا الحكم لو اختلفا في قدر المسافة ... ١٧٣
- تنبيه : ظاهر قوله : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له . ١٧٣
- فائدتان ، إحداهما ، لو تلف ما خلّصه من هلكة ، لم يضمّنه منقذه ... ١٧٤
- الثانية ، متى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه ، كان جائزاً ، ... ١٧٤
- تنبيه : مراد المصنف وغيره بقولهم : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له ... ١٧٥
- ٢٤٩٨ - مسألة : فأما رد الآبق ، فإنه يستحق الجعل برده ، وإن لم يشترط له ... ١٧٥ - ١٨٠
- تنبيه : دخل في عموم كلام المصنف ، لو رده الإمام ... ١٨٠
- ٢٤٩٩ - مسألة : (ويأخذ منه ما أنفق) على الآبق في قوته ، ... ١٨٠ ، ١٨١

٢٥٠٠ - مسألة : (وإن مات السيد ، استحق ذلك في

١٨١-١٨٣

تركته)

فوائد تتعلق بعلف الدابة ، وجواز

استخدامه بدل النفقة ، وأن العبد

وغيره أمانة ، وأم الولد والمدبر

١٨١-١٨٣

كالقن ...

فصل : ويجوز أخذ الآبق لمن وجدته ... ١٨٢

تنبيه : أفادنا المصنف جواز أخذ الآبق لمن

١٨٢

وجدته ...

باب اللقطة

فائدة : قوله : وهي المال الضائع من ربه ... ١٨٥

٢٥٠١ - مسألة : (وتنقسم ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، ما لا

١٨٧-٢٠٦

تتبعه الهمة ؛ ...)

فائدة : لو وجد كناس ، أو نخال ، أو

مقلش ، قطعاً صغاراً مفرقة ، ملكها

١٩٠ بلا تعريف ، وإن كثرت ...

فصل : والذي يجوز التقاطه والانتفاع به من

غير تعريف ؛ ... ، إذا التقطه إنسان ،

وانتفع به ، وتلف ، فلا ضمان

١٩١

عليه ...

فوائد ؛ منها ما قاله في التبصرة : إن الصدقة

١٩١

بذلك أولى ...

ومنها ، أنه لا يلزمه دفع بدله ، إذا

١٩١ وجد ربه على الصحيح ..

- ومنها ، لا يعرف الكلب إذا وجدته،
 ١٩١ بل ينتفع به ، ...
 فوائد ؛ منها ، أن الحمر مما يمتنع من صغار
 ١٩٣ السباع ...
 ومنها ، قال الحارثي : اختلف
 الأصحاب في الكلب المعلم؛
 فأدخله المصنف فيما يمتنع
 ١٩٣ التقاطه ، ...
 ومنها ، يجوز للإمام ونائبه أخذ ما
 يمتنع من صغار السباع ،
 وحفظه لربه ، ولا يلزمه
 ١٩٤ تعريفه ...
 ومنها ، قطع المصنف والشارح
 بجواز التقاط الصيد
 ١٩٥ المتوحشة ...
 ومنها ، أحجار الطواحين ،
 والقذور الضخمة ،
 ١٩٦ والأخشاب الكبيرة ...
 فصل : فإن كانت الصيد مستوحشة ، إذا
 تركت رجعت إلى الصحراء ،
 وعجز عنها صاحبها ، جاز
 ١٩٤ التقاطها ؛ ...
 فصل : والبقر كالإبل . نص عليه أحمد . ١٩٥
 فصل : فأما غير الحيوان ، فما كان
 منه ينحفظ بنفسه ، ... ، فهو

- ١٩٦ كالإبل في تحريم أخذه ، ...
 فصل : فإن أخذ الحيوان الذى لا يجوز
 أخذه على سبيل الالتقاط ،
 ٢٩٧ ضمنه ، ...
 فصل : وللإمام أو نائبه أخذ الضالة
 ١٩٨ ليحفظها لصاحبها ؛ ...
 فصل : وإن أخذها غير الإمام أو نائبه
 ليحفظها لصاحبها ، لم يجز له
 ١٩٨ ذلك ، ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، قوله : فإن دفعها إلى
 نائب الإمام ، زال عنه
 ١٩٨ الضمان ...
 الثانية ، إذا أخذها الإمام أو
 نائبه منه ، لم يلزمه
 ١٩٨ تعريفها ...
 فصل : وَيَسْمُ الإمام ما يحصل عنده من
 الضوال بأنها ضالة ، ويشهد
 ١٩٩ عليها ، ...
 فصل : ومن ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
 إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها ،
 ٢٠٠ ملكها ...
 فصل : فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه
 خوفاً من الغرق ، فلم أعلم
 لأصحابنا فيه قولاً ، سوى عموم
 ٢٠١ قولهم الذى ذكرناه ...

- فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبداً صغيراً ، أو جارية ، أن قياس المنهب أنه لا يملك بالتعريف ... ٢٠٢
- تنبيه : شمل كلام المصنف العبد الصغير ، والجارية ... ٢٠٤
- فصل : ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مهلكة ... ٢٠٥
- ٢٥٠٢ - مسألة : (فمن لا يأمن نفسه عليها ، ليس له أخذها) ... فإن أخذها ... (ولا يملكها وإن عرفها) ٢٠٦
- ٢٥٠٣ - مسألة : (ومن أمن نفسه عليها ، وقوى على تعريفها ، فله أخذها) ... (والأفضل تركها) ٢٠٨ - ٢٠٦
- تنبيه : ظاهر قوله : وقوى على تعريفها أن العاجز عن التعريف ليس له أخذها ... ٢٠٧
- فائدة : لو أخذها بنية الأمانة ، ثم طرأ قصد الخيانة . قال فى «التلخيص» : ٢٠٨
- يحتمل وجهين ؛ ... ٢٠٨
- ٢٥٠٤ - مسألة : (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ، أو فرط فيها ، ضمنها) ٢١٧ - ٢٠٨
- فصل : فإن ضاعت اللقطة من ملتقطها فى حول التعريف بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ؛ ... ٢١٠
- فائدة : لو أخذ من نائم شيئاً ، لم يبرأ منه

- إلا بتسليمه له بعد انتباهه ، وكذلك
- ٢١٠ ... الساهى
- فصل : ومن اصطاد سمكة من البحر ،
فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئاً مما
- ٢١١ يكون في البحر ، فهو للصيد ؛ ...
- فصل : وإن وجد عنبرة على الساحل ،
فهى له ؛ ...
- ٢١٢
- فصل : وإن صاد غزالاً فوجده مخضوباً ،
أو فى عنقه خرزٌ ، أو فى إذنه قرط ،
ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد
- ٢١٣ عليه ، فهو لقطة ؛ ...
- فصل : ومن أخذت ثيابه فى الحمام ، ووجد
بدلها ، أو أخذ مداسه وترك له بدله ،
لم يملكه بذلك ...
- ٢١٤
- فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ،
إذا تنازع صاحب الدار والساكن فى
دفن فى الدار ، فقال كل منهما : أنا
دفنته . يبين كل واحدٍ منهما ما
- ٢١٦ الذى دفن ، ...
- فصل : ومن وجد لقطة فى دار الحرب ،
فكان فى جيش ، فقال أحمد :
- ٢١٦ يعرفها سنة فى دار الإسلام ، ...
- ٢٥٠٥ - مسألة : (وهى على ثلاثة أضرب ؛ حيوانٌ ،
فيخير بين أكله) فى الحال (وعليه
قيمه ، وبين بيعه ، وحفظ ثمنه ، وبين

- تركه والانفاق عليه من ماله . وهل
 يرجع به ؟ (٢١٧-٢٢٣
 فصل : وإذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته،... ٢٢٢
 ٢٥٠٦ - مسألة : (الثاني ، ما يخشى فساد ، فيخير بين
 بيعه وأكله) ٢٢٣-٢٢٥
 تنبيه : حيث قلنا : يباع . فإن البائع
 الملتقط ٢٢٤
 فائدة : لو تركه حتى تلف ، ضمنه... ٢٢٤
 ٢٥٠٧ - مسألة : (وغرامة التجفيف منه) ٢٢٦-٢٢٥
 ٢٥٠٨ - مسألة : (الثالث ، سائر المال ، فيلزمه حفظه ،
 ويعرف الجميع بالنداء عليه ...) ٢٢٦-٢٣٦
 تنبيه : شمل قوله : ويعرف الجميع .
 الحيوان وغيره ... ٢٢٨
 تنبيه : ظاهر قوله : وأبواب المساجد . أنه
 لا يعرفها في نفس المساجد... ٢٣١
 فصل : إذا أخرج التعريف عن الحول الأول ،
 مع إمكانه ، أثم ؛ ... ٢٣٢
 فائدة : لو أخرج التعريف عن الحول الأول ،
 مع إمكانه ، أثم ، وسقط التعريف . ٢٣٢
 فصل : ومتى عرف اللقطة حولاً فلم
 تعرف ، ملكها ، ... ٢٣٤
 ٢٥٠٩ - مسألة : (فإن لم تعرف ، دخلت في ملكه بعد
 الحول ...) ٢٣٦-٢٣٩
 فصل : فإن رآها معاً ،...، فهي
 لآخذها ؛ ... ٢٣٨

- تنبيه : قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها... ٢٣٨
- ٢٥١٠ - مسألة : (وعن أحمد ، لا تملك إلا الأثمان ...) ٢٣٩ - ٢٤٥
- تنبيه : قدم المصنف أن غير الأثمان كالأثمان ... ٢٣٩
- تنبيه : تلخص لنا مما تقدم في هذه المسألة ،
أن الصحيح من المذهب ، أن اللقطة
تدخل في ملكه قهراً ، ... ٢٤٢
- فائدة : قال في « الفروع » : يتوجه
الروايتان المتقدمتان اللتان في الصدقة
في غير الأثمان ، ... ٢٤٢
- فائدتان ، إحداهما ، لو التقط اثنان ، وعرفا ،
ملكها ... ٢٤٢
- الثانية ، لو رأى اللقطة اثنان ،
فقال أحدهما للآخر :
هاتها ، فأخذها لنفسه ،
فهى للآخر ، ... ٢٤٢
- ٢٥١١ - مسألة : وعن أحمد ، أن (لقطة الحرم لا تملك
بمال) ٢٤٥ - ٢٥١
- فصل : (ولا يجوز له التصرف في اللقطة
حتى يعرف وعاءها ، ...) ٢٤٧
- فائدة : الوعاء هو ظرفها ... ٢٤٨
- تنبيه : يكون الإشهاد عليها لا على صفتها . ٢٥٠
- ٢٥١٢ - مسألة : (فمتى جاء طالبها فوصفها ، لزم دفعها
إليه بنائها ...) ٢٥١ - ٢٥٥
- تنبيه : محل الخلاف فيما إذا وصفها
فقط ، ... ٢٥٣

فائدة : قال الحارثي : إذا قلنا بوجوب الدفع

إذا وصفها ، فقال الشريف

أبو جعفر ،... : إذا وصف العفاص

٢٥٣ والوكاء والعدد ، لزم الدفع ...

فصل : ويدفعها إليه بزيادتها المتصلة

٢٥٤ والمنفصلة ، ...

٢٥١٣ - مسألة : (وإن تلفت أو نقصت قبل الحول ، لم

٢٥٥ - ٢٥٩ يضمها ، وبعده يضمها)

تنبيه : محل هذا ، إذا قلنا : يملكها بعد

٢٥٧ الحول ...

فوائد تتعلق بقول مالك اللقطة للملتقط:

أخذتها لتذهب بها ، وحكم من

تصرف في اللقطة بعد الحول ،

وكذلك لو أدركها ربها بعد الحول

مبيعة أو موهوبة ، ودخولها في ملك

٢٥٧ - ٢٥٩ الملتقط من غير عوض .

فصل : فإن وجد العين بعد خروجها من

ملك الملتقط ببيع أو هبة أو

٢٥٨ نحوها ، لم يكن له أخذها ، ...

٢٥١٤ - مسألة : (وإن وصفها اثنان ، قسمت بينهما ، في

٢٥٩ - ٢٦١ أحد الوجهين)

٢٦٠ تنبيه : محل هذا ، إذا وصفها معاً ، ...

فائدتان ؛ إحداهما ، لو ادّعاها كل واحد

منهما ، فوصفها

أحدهما دون الآخر ،

- ٢٦٠ حلف وأخذها ...
- الثانية ، يلزم مدعى اللقطة ، مع
- ٢٦١ صفتها ، أن يقيم بينة...
- ٢٥١٥ - مسألة : (فإن أقام آخر بينة أنها له) قُدِّم ؛ ... ٢٦١ ، ٢٦٢
- ٢٥١٦ - مسألة : (إلا أن يدفعها بحكم حاكم) فلا يملك
- صاحبها مطالبته ؛ ... وإن (ضمن
- الدافع ، رجع على الواصف) ٢٦٢ - ٢٦٨
- تنبيه : قوله : ومتى ضمن الدافع ، رجع
- على الواصف ... ٢٦٢
- فصل : ولو جاء مدع للقطة فلم يصفها ،
- ولا أقام بينة أنها له ، لم يجز دفعها
- إليه ؛ ... ٢٦٣
- فصل : فإن كان الملتقط قد مات واللقطة
- موجودة ، قام وارثه مقامه في
- تعريفها ، ... ٢٦٤
- فصل : قال ، رحمه الله : (ولا فرق بين
- كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، ...) ٢٦٥
- فصل : ويملك الذمي بالالتقاط كالمسلم . ٢٦٧
- فصل : ويصح التقاط الفاسق ؛ ... ٢٦٨
- ٢٥١٧ - مسألة : (وإن وجدها صبي أو سفيه ، قام وليه
- بتعريفها ، فإذا عرفها ، فهي لواجدها) ٢٦٨ - ٢٧١
- فصل : قال أحمد ، في رواية العباس بن
- موسى ، في غلام له عشر سنين
- التقط لقطة ، ثم كبر : فإن
- وجد صاحبها دفعها إليه ، ... ٢٧٠

الصفحة

- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الأصحاب :
- ٢٧٠ ... يضمن الولي ...
- الثانية ، لو كان الصبي مميزاً ،
- فعرّف ، قال الحارثي :
- فظاهر كلامه في «المغنى»
- ٢٧١ ... عدم الإجزاء ...
- ٢٥١٨ - مسألة : (وإن) التقطها (عبثاً ، فليسيده أخذها
- ٢٧١ - ٢٧٥) منه ، وتركها معه ، ...)
- ٢٥١٩ - مسألة : (والمكاتب كالحُر) في اللقطة ؛ ...
- ٢٧٨ - ٢٧٥ فائدة : وكذا الحكم في النادر من كسب
- ٢٧٦ المعتق بعضه ؛ ...
- تنبيه : الخلاف هنا ، مبني على الخلاف في
- ٢٧٦ دخول نوادر الأكساب ؛ ...
- فوائد تتعلق بذكر الخلاف والحكم فيما
- لو وجد لقطة في غير طريق مائتي ،
- أو أُخِذَ متاعه ، أو ثوبه ، وترك له
- بدله ، أو وُجِدَ في جوف حيوان
- درة ، وكذلك لو وجد لقطة بدار
- الحرب ، ومؤنة رد اللقطة ،
- وضمانها بموته ، وكذلك لو
- استيقظ فوجد في ثوبه دراهم ، أو
- سقط طائر في داره ، أو أُلْقَت
- ٢٧٦ - ٢٧٨ الريح إلى داره ثوب لإنسان .

باب اللقيط

- فائدة : قوله : وهو الطفل المنبوذ ... ٢٧٩
- ٢٥٢٠ - مسألة : (وهو حرٌّ) ٢٨٠ ، ٢٨١
- تنبيه : قوله : وهو الطفل ... ٢٨٠
- ٢٥٢١ - مسألة : (ينفق عليه من بيت المال إن لم) يوجد
(معه ما ينفق عليه) ٢٨١ - ٢٨٤
- فائدة : يستحب للملتقط الإِشهاد عليه
وعلى ما معه . ٢٨١
- تنبيه : قوله : ينفق عليه من بيت المال ،
إن لم يكن معه ما يُنفق عليه ... ٢٨١
- ٢٥٢٢ - مسألة : (ويحكم بإسلامه ، إلا أن يوجد في بلد
الكفار ولا مسلم فيه ، فيكون كافرًا) ٢٨٤ - ٢٨٦
- فائدة : لو كان في دار الإسلام بلدًا ، كل
أهلها أهل ذمة ، ووجد فيها لقيط ،
حكم بكفره ، ... ٢٨٥
- ٢٥٢٣ - مسألة : (وما وجد معه ؛ من فراش تحته ، أو
ثياب ، أو مال في جيبه أو تحت فراشه ،
أو حيوان مشدود بثيابه ، فهو له ...) ٢٨٦ - ٢٨٩
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : مثل
الأصحاب في المسلم
هنا بالتاجر
- والأسير ، ... ٢٨٦
- الثانية ، قال في « الفائق » : لو
كثر المسلمون في بلد
الكفار ، فلقبطها مسلم ... ٢٨٦

- ٢٥٢٤ - مسألة : (وأولى الناس بحضائنه واجده ، إن كان أمينًا)
٢٨٩ ، ٢٩٠
- ٢٥٢٥ - مسألة : (وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم ...)
٢٩٠ - ٢٩٢
- ٢٥٢٦ - مسألة : (وإن كان) الملتقط (فاسقًا) لم يُقرَّ في يده .
٢٩٢ - ٢٩٦
- فوائد ؛ منها ، وكذا الحكم في حفظ ماله ... ٢٩٢
ومنها ، قبول الهبة والوصية ... ٢٩٢
- فصل : فإن كان الملتقط مستور الحال ، لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة،
أقر اللقيط في يده ؛ ... ٢٩٤
- تنبيه : ظاهر قوله : وإن كان فاسقًا ، لم يقرَّ في يده ... ٢٩٤
- ٢٥٢٧ - مسألة : فإن كان الملتقط رقيقًا ، لم يقر في يده . ٢٩٦ ، ٢٩٧
فائدة : المدير ، وأم الولد ، والمعلق عتقه ،
كالقن ؛ ... ٢٩٦
- ٢٥٢٨ - مسألة : (أو كافرًا واللقيط مسلم) ٢٩٧
- ٢٥٢٩ - مسألة : (أو بدويًا ينتقل في المواضع) ٢٩٧ - ٢٩٩
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الكافر إذا التقت من حكم بكفره ، أنه يقر بيده ... ٢٩٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، يشترط في الملتقط أيضًا ، أن يكون مكلفًا ، ... ٢٩٧
- الثانية ، يشترط الرشد ، فلا يقر

- ٢٩٧ بيد السفية .
- ٢٥٣٠ - مسألة : وإن (وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية لم يقر في يده) ٢٩٩
- ٢٥٣١ - مسألة : (وإن التقطه في البادية مقيم في حلة) ٢٩٩
- أقر في يده ؛ ...
- ٢٥٣٢ - مسألة : (وإن التقطه في الحضر مَنْ يريد نقله إلى بلد آخر) ٢٩٩ - ٣٠٠
- ٢٥٣٣ - مسألة : (وإن التقطه اثنان ، قدم الموسر منهما على المعسر ، والمقيم على المسافر) ٣٠٠ - ٣٠٣
- فوائد ؛ إحداها ، وكذا الحكم لو نقله من بلد إلى قرية ، ... ٣٠٠
- الثانية ، وكذا الحكم لو نقله من حلة إلى حلة ... ٣٠٠
- الثالثة : حيث يقال بانتزاعه من الملتقط ، فيما تقدم من المسائل ، فإنما ذلك عند وجود الأولى به ... ٣٠٠
- تنبيه : يستثنى من هذه المسائل ، لو كان البلد وثيقاً ؛ ... ٣٠٠
- فصل : وإن التقط مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره ، فالمسلم أحق . ٣٠٢
- فائدة : الشركة في الالتقاط أن يأخذه جميعاً ، ... ٣٠٢
- تنبيه : دخل في كلام المصنف ، لو التقطه مسلم وكافر ... ٣٠٢
- ٢٥٣٤ - مسألة : (فإن تساويا وتشاحاً ، أقرع بينهما) ٣٠٣ - ٣٠٥

- فصل : وإن رأياه جميعًا ، فسبق أحدهما
فأخذه ، أو وضع يده عليه ، فهو
أحق به ؛ ... ٣٠٤
- ٢٥٣٥ - مسألة : (فإن اختلفا في الملتقط منهما ، قدم من
له بينة) ٣٠٦ ، ٣٠٥
تنبيه : قوله : وإن اختلفا في الملتقط منهما ،
قدم من له بينة ... ٣٠٥
- ٢٥٣٦ - مسألة : (فإن لم يكن لهما بينة ، قدم صاحب
اليد) ٣٠٧ ، ٣٠٦
- ٢٥٣٧ - مسألة : (فإن كان في أيديهما ، أقرع بينهما) ٣٠٧
- ٢٥٣٨ - مسألة : (فإن لم يكن لهما يدٌ فوصفه أحدهما ،
فُدِّم) ٣٠٧ - ٣١١
- فائدة : قوله : فإن كان في أيديهما ، أقرع
بينهما ... ٣٠٧
- فائدة : لو ادعى أحدهما أنه أخذه منه قهراً ،
وسأل الحاكم بمينه ، قال في
« الفروع » : فيتوجه إخلافه ... ٣٠٧
- فائدة : لو وصفاه جميعًا ، أقرع بينهما ... ٣٠٨
- فصل : قال ، رحمه الله : (وميراث اللقيط
وديته إن قتل لبيت المال) ٣٠٩
- فائدة : من أسقط حقه ، سقط ... ٣٠٩
- ٢٥٣٩ - مسألة : (وإن قتل عمداً ، فوليه الإمام ، ...) ٣١١
- ٢٥٤٠ - مسألة : (وإن قطع طرفه عمداً ، انتظر
بلوغه ، ...) ٣١١ - ٣١٤
- فصل : إذا جنى اللقيط جنايةً تحملها العاقلة ،

- ٣١٣ فهى على بيت المال ؛ ...
- ٣١٣ تنبيه : دخل فى عموم قوله : انتظر بلوغه ...
- ٢٥٤١ - مسألة : (وإن ادعى الجانى عليه أو قاذفه رقه ،
وكذبه اللقيط بعد بلوغه ، فالقول قول
اللقيط) ٣١٤ - ٣١٦
- ٣١٤ تنبيه : حيث قلنا : ينتظر البلوغ أو العقل ...
- ٢٥٤٢ - مسألة : (وإن ادعى إنسان أنه مملوكه ، لم يقبل
إلا بينة تشهد أن أمته ولدته فى
ملكه ...) ٣١٦ - ٣١٩
- فائدة : لو كان اللقيط مميزاً ، يطاءً مثله ،
وجب الحد على قاذفه ... ٣١٦
- فصل : فإن كانت الدعوى بعد بلوغ
اللقيط ، كلف إجابته ، ... ٣١٨
- ٢٥٤٣ - مسألة : (وإن أقر بالرق بعد بلوغه ، لم يقبل ... ٣١٩ - ٣٢٥
- فائدة : قال فى « المغنى » : إن شهدت البينة
بالمملك ، أو باليد ، لم يقبل إلا
رجلان ، ... ٣١٩
- فصل : فأما إن أقر بالرق ابتداءً لإنسان ،
فصدقه ، فهو كما لو أقر به جواباً ، ... ٣٢١
- فصل : فإذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ،
وهو ذكر ، وكان قبل الدخول ،
فسد النكاح فى حقه ؛ ... ٣٢٢
- فصل : وإن كان اللقيط أنثى ، وقلنا :
يقبل فيما عليه خاصة . فالنكاح
صحيح فى حقه ... ٣٢٢

- فصل : فإن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
 ٣٢٤ فتصرفه صحيح ، ...
- فصل : فإن كان قد جنى جناية موجبة
 ٣٢٤ للقصاص ، فعليه القود ، ...
- ٢٥٤٤ - مسألة : (وإن قال : إني كافر . لم يقبل قوله ،
 ٣٢٩ - ٣٢٥ وحكمه حكم المرتد ...)
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (وإن أقر
 إنسان أنه ولده ، ألحق به ، مسلمًا
 ٣٢٧ كان أو كافرًا ...)
- فصل : فإن كان المدعى عبدًا ، ألحق
 ٣٢٨ به ؛ ...
- فصل : فإن كان المدعى ذميًا ، لحق به ؛ ...
 ٣٢٩ ٢٥٤٥ - مسألة : (ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة
 ٣٣٤ - ٣٢٩ أنه ولد على فراشه)
- فصل : فإن كان المدعى امرأة ، فروى عن
 ٣٣١ أحمد ، أن دعوتها تقبل ...
- تنبيه : شمل كلام المصنف ، لو أقر به عبدٌ ،
 ٣٣١ أنه يلحق به ...
- تنبيه آخر : شمل قوله : أو امرأة . لو أقرت
 ٣٣١ أمة به ...
- فوائد ؛ إحداها ، المجنون كالطفل ، ...
 ٣٣١ الثانية ، كل من ثبت لحاقه
 بالاستلحاق ، لو بلغ
 ٣٣١ وأنكر ، لم يلتفت إليه ...
- الثالثة : لو ادعى أجنبي نسبه ،

- ٣٣١ ثبت ، ...
- ٢٥٤٦ - مسألة : (فإن ادعاه اثنان أو أكثر ، لأحدهم بينة ،
٣٣٤ - ٣٤١ قدم بها ...)
- تنبيه : ظاهر قوله : وإن ادعاه اثنان أو أكثر ،
٣٣٤ لأحدهم بينة ، قدم بها ، ...
فائدتان ، إحداهما ، لو كان في يد أحدهما ،
وأقام كل واحدٍ منهما
بينته ، قدمت بينة
- ٣٣٥ الخارج ...
- الثانية : لو كان في يد امرأة ،
قدمت على امرأة ادعته بلا
- ٣٣٥ بينة ...
- تنبيه : قوله : عرض معهما على القافة ، أو
٣٣٦ مع أقاربهما إن ماتا ...
- فصل : والقافة قوم يعرفون الأنساب
٣٤١ بالشبه ، ...
- ٢٥٤٧ - مسألة : (فإن ألحقته بأحدهما ، لحق به)
٣٤٣ - ٣٤١ تنبيه : ظاهر قوله : فإن ألحقته بأحدهما ،
٣٤١ لحق به ...
- ٢٥٤٨ - مسألة : (ولا يلحق بأكثر من أم واحدة)
٣٤٦ - ٣٤٣ فصل : فإن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
٣٤٤ تنافي بينهما ، ...
- فصل : ولو ولدت امرأتان ابناً وبناتاً ،
فادعت كل واحدة منهما أن الابن
٣٤٥ ولدها ، احتمل وجهين ؛ ...

فصل : فإن ادعى اللقيط رجلاً ، فقال

أحدهما : هو ابني . وقال الآخر :

هو ابنتي . فإن كان ابناً فهو لمدعيه ،

وإن كان بنتاً فهي لمدعيها ؛ ... ٣٤٥

٢٥٤٩ - مسألة : (فإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم ،

لحق وإن كثروا) ٣٤٦ - ٣٤٨

فائدة : يرث من كل من لحق به ميراث ولد

كامل ، ... ٣٤٧

فائدة : امرأة ولدت ذكراً ، وأخرى أنثى ،

وادعت كل واحدة أن الذكر ولدها

دون الأنثى ، فقال في « المغنى » ،

و « الشرح » : يحتمل وجهين ؛ ... ٣٤٧

٢٥٥٠ - مسألة : (فإن نفته القافة عنهم ، ... ، ضاع

نسبه ، ...) ٣٤٨ - ٣٥٢

فوائد تتعلق باللقيط إذا ألحقته القافة

بعد انتسابه بغير من انتسب إليه ،

وأنه ليس الانتساب بالتشهي ،

واستقرار نسبه بالانتساب ، وحكم

ما لو انتسب إليهما جميعاً ، أو بلغ

و لم ينتسب إلى واحدٍ منهما ، وأن

النفقة واجبة عليهما مدة الانتظار . ٣٥٠

تنبيه : قوله : أو لم يوجد قافة . حقيقة

العدم ، ... ٣٥١

٢٥٥١ - مسألة : (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة

بشبهة ، ... ، أرى القافة معهما) ٣٥٢

٢٥٥٢ - مسألة : (ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرًا

٣٥٩ - ٣٥٣

عدلاً ، مجرباً في الإصابة)

فصل : نقل عن أحمد ، أنه لا يقبل إلا قول

٣٥٥

اثنين من القافة ، ...

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه لا يشترط

٣٥٥

حرية القائف ...

٣٥٥

فوائد ؛ الأولى ، يكفي قائف واحد ...

٣٥٨

الثانية ، القائف كالحاكم ...

الثالثة ، هل يشترط لفظ الشهادة

٣٥٨

من القائف ؟

الرابعة ، لو عارض قول اثنين قول

ثلاثة فأكثر ، أو تعارض

٣٥٨

اثنان ، سقط الكل ، ...

الخامسة : يعمل بالقافة في غير

٣٥٩

بنوة ، ...

السادسة : نفقة المولود على

٣٥٩

الواطئين ؛ ...

فصل : وإذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق ، لم

٣٥٧

يحكم بكفره ولا رقه ؛ ...

تنبيه : هذا الخلاف مبني ، عند كثير من

الأصحاب ، على أنه ؛ هل هو شاهد

٣٥٧

أو حاكم ؟ ...

فصل : لو ادعى نسب اللقيط لإنسان ،

فألحق نسبه به ؛ ... ، لم يزل نسبه

٣٥٨

عن الأول ؛ ...

كتاب الوقف

- فصل : والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم .. ٣٦٢
- ٢٥٥٣ - مسألة : (وفيه روايتان ؛ إحداهما ، ...) ٣٦٦ - ٣٦٦
- فائدة : قال في « المطلاع » : السقاية ، بكسر السين ، الموضع الذى يتخذ فيه الشراب فى المواسم وغيرها ... ٣٦٥
- ٢٥٥٤ - مسألة : (وصرىحه : وقفت ، وسبلت ، وحبت) ٣٦٦ - ٣٦٩
- تنبيه : قوله : مثل أن يبنى مسجدًا ... ٣٦٦
- ٢٥٥٥ - مسألة : (ولا يصح) الوقف (إلا بشروط أربعة ؛ أحدها ...) ٣٦٩ - ٣٧٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، إذا قال : تصدقت بأرضى على فلان ، ... ٣٦٩
- الثانية ، لو قال : تصدقت بدارى على فلان ... ٣٦٩
- فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجل له دارٌ فى الربض ، ... ، قال : يقفها ... ٣٧١
- ٢٥٥٦ - مسألة : (ويصح وقف المشاع) ٣٧٢ ، ٣٧٣
- فائدة : قال فى « الفروع » : يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجدًا ، ثبت فيه حكم المسجد فى الحال ، ... ٣٧٢
- فصل : وإن وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل ... ، جاز ... ٣٧٣

- ٢٥٥٧ - مسألة : (ويصح وقف الحل على اللبس والعارية) ٣٧٣ ، ٣٧٤
- ٢٥٥٨ - مسألة : (ولا يصح الوقف في الذمة ؛ كعبد ،
ودار) ٣٧٤ ، ٣٧٥
- فائدة : لو أطلق وقف الحل ، لم يصح ... ٣٧٤
- ٢٥٥٩ - مسألة : (ولا) يصح في (غير معين ؛ كأحد
هذين) ٣٧٥
- ٢٥٦٠ - مسألة : (ولا) يصح (وقف ما لا يجوز
بيعه ؛ كأموال الولد ، والكلب) ٣٧٥ - ٣٨٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال الحارثي : المكاتب ؛
إن قيل بمنع بيعه ،
فكأموال الولد ، ... ٣٧٦
- الثانية ، حكم وقف المدبر حكم
بيعه ، ... ٣٧٦
- فصل : (ولا) يصح وقف (ما لا ينتفع به
مع بقائه دائما ؛ ...) ٣٧٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو وقف قنديل
ذهب ، ... ، لم
يصح ، ... ٣٧٨
- الثانية ، قال في « الفائق » : ويجوز
وقف الماء ... ٣٧٨
- فائدتان ، إحداهما ، أبطل ابن عقيل وقف
الستور لغير الكعبة ؛ ... ٣٨١
- الثانية : يصح وقف عبده على
حجرة النبي ﷺ ؛ ... ٣٨١
- تنبيهان ؛ أحدهما ، قد يقال : مفهوم كلام

المصنف ، أنه لا يصح

الوقف على ذمي غير

٣٨١ قرابته ...

الثاني ، قال الحارثي : قال

الأصحاب : إن وقف على

من ينزل الكنائس ، ... ،

٣٨٢ صح ...

٢٥٦١ - مسألة : (ولا يصح على الكنائس ، ويوت

٣٨٥ - ٣٨٢ (النار)

فوائد ؛ الأولى ، الذمي كالمسلم في عدم

٣٨٣ الصحة في ذلك ...

الثانية ، الوصية كالوقف في ذلك

٣٨٤ كله ...

الثالثة ، لو وقف على ذمي ، وشرط

استحقاقه ما دام كذلك ،

فأسلم ، استحق ما كان

٣٨٥ يستحقه قبل الإسلام ، ... ،

٢٥٦٢ - مسألة : (ولا) يصح الوقف (على حرني ، ولا

٣٨٦ ، ٣٨٥ مرتد)

٢٥٦٣ - مسألة : (ولا يصح على نفسه ، في إحدى

٣٨٨ - ٣٨٦ الروايتين)

فصل : ومن وقف وقفًا صحيحًا على

إنسان ، فقد صارت منافعه جميعها

٣٨٨ للموقوف عليه ، ...

٢٥٦٤ - مسألة : (وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه

٣٨٨ - ٣٩٣

مدة حياته ، صح (

فائدة : إذا حكم به حاكم ، ... ظاهر

٣٨٨ كلامهم ينفذ الحكم ظاهرًا ، ...

فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو استثنى

٣٨٩ الأكل مدة معينة ، ...

الثانية ، لو وقف على الفقراء ، ثم

افتقر ، أبيع له التناول

٣٩٠ منه ...

فصل : ويصح أن يشترط أن يأكل منها

٣٩١ أهله ؛ ...

فصل : فإن اشترط أن يبيعه متى شاء ، ...

٣٩١ بطل الوقف والشرط ...

فصل : وإن شرط في الوقف أن يخرج من

شاء من أهل الوقف ، ويدخل من

٣٩٢ شاء من غيرهم ، لم يصح ؛ ...

فصل : إذا جعل علو داره مسجدًا ، ...

٣٩٢ صح ...

فصل : فإن جعل وسط داره مسجدًا ، ...

٣٩٢ صح ...

٢٥٦٥ - مسألة : (الثالث ، أن يقفه على معين يملك ...) ٣٩٣

٢٥٦٦ - مسألة : (ولا) يصح (على حيوان لا يملك ؛

٣٩٤ - ٣٩٧

كالعبد)

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يصح الوقف على أم

٣٩٤ الولد ...

الثانية ، لا يصح الوقف على

- ٣٩٥ المكاتب ...
- ٣٩٦ تنبيه : إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل ، يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في الوقف ...
- ٣٩٦ فائدة : لو قال : وقفت على من سيولد لي ...
- ٢٥٦٧ - مسألة : (الرابع ، أن يقف ناجزاً ، ...) ٣٩٧ - ٤٠٧
- فصل : فأما إذا قال : هو وقفٌ بعد موتى ...
- ٣٩٨ فوائد تتعلق بعدم وقوع الوقف المعلق على الموت أو على شرط في الحياة لازماً قبل وجود المعلق ، ولو شرط الخيار في الوقف فسد ، وحكم ما لو شرط البيع عند خرابه .
- ٤٠١ - ٣٩٩ فصل : (ولا يشترط القبول ، إلا أن يكون على آدمى معين ، ففيه وجهان ؛ ...)
- ٤٠١ تنبيه : أكثر الأصحاب يحكى الخلاف من غير بناء ...
- ٤٠٣ فصل : إذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز ، فهو وقف منقطع
- ٤٠٤ الابتداء ، ...
- فصل : فإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط ، ... ، خرج في صحة الوقف وجهان ، ...
- ٤٠٦ ٢٥٦٨ - مسألة : (وإن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له

- مآلاً أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز ،...، انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف ... (٤٠٧ - ٤١٦)
 فائدة : متى قلنا برجوعه إلى أقارب الواقف ، وكان الواقف حياً ، ففى رجوعه إليه أو إلى عصيته وذريته روايتان ... ٤١٢
 تنبيه : لو لم يكن للواقف أقارب ، رجع على الفقراء والمساكين ... ٤١٣
 فصل : وإن وقف على من يجوز ، ثم على من لا يجوز ، كمن وقف على أولاده ... ٤١٤
 فائدة : للوقف صفات ، إحداها ، ... ٤١٤
 فصل : فإن قال : وقفت هذا . وسكت ،...، فلا نص فيه ... ٤١٥
 ٢٥٦٩ - مسألة : (وإن قال : وقفت دارى سنة) ... (لم يصح) ... ٤١٦ - ٤١٨
 فصل : فإن قال : هذا وقف على ولدى سنة ، ثم على المساكين . صح ... ٤١٧
 فائدة : لو وقفه على ولده سنة ، ثم على زيد سنة ، ...، صح ؛ ... ٤١٧
 ٢٥٧٠ - مسألة : (ولا يشترط إخراج الوقف عن يده ، فى إحدى الروايتين) ٤١٨ - ٤٢٢
 فائدة : إذا قلنا بالاشتراط ، فهل هو شرط لصحة الوقف ، أو للزومه ؟ ... ٤١٩
 فصل : قال ، (رضى الله عنه :) ويملك الموقوف عليه الوقف . وعنه ، لا

- ٤٢٠ (يملكه)
 تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة منها ، لو
 وطئ الجارية الموقوفة ، فلا حد عليه ،
 ٤٢١ ولا مهر ...
 ٢٥٧١ - مسألة : (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) ٤٢٢
 ٢٥٧٢ - مسألة : (وليس له وطء الجارية ، فإن فعل ، فلا
 ٤٢٢ حد عليه ، ولا مهر ...)
 ٢٥٧٣ - مسألة : وإن ولدت ، فالولد حرٌّ ؛ ... ٤٢٢ - ٤٢٤
 فصل : فإن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
 ٤٢٣ عتقه ؛ ...
 ٢٥٧٤ - مسألة : (وإن وطئها أجنبي بشبهة ، فالولد حرٌّ) ٤٢٤
 ٢٥٧٥ - مسألة : (وإن تلفت ، فعليه قيمتها ، يشتري بها
 ٤٢٤ - ٤٢٦ مظلها)
 ٤٢٥ فائدة : لو أتلّفها إنسان ، لزمه قيمتها ، ...
 فائدة أخرى : لو قتل الموقوف عبدًا مكافئًا
 فقال في « المغنى » : الظاهر أنه لا
 ٤٢٥ يجب القصاص ؛ ...
 ٢٥٧٦ - مسألة : (وله تزويج الأمة وأخذ مهرها ، ...) ٤٢٦
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف هنا ، وقفية
 ٤٢٦ البذل بنفس الشراء ؛ ...
 ومن فوائد الخلاف ، قول المصنف : وله
 تزويج الجارية . يعنى ، إذا قلنا :
 ٤٢٧ يملك الموقوف عليه الوقف .
 ٢٥٧٧ - مسألة : (وإن جنى الوقف خطأ ، فالأرض على
 ٤٢٧ - ٤٣٢ الموقوف عليه)

- ومن الفوائد ، قول المصنف : وإن جنى
الوقف خطأً ، فالأرث على
الموقوف عليه . ٤٢٧
- فصل : وإن جنى على الوقف جنايه موجبة
للمال ، وجب ؛ ... ٤٢٩
- تنبيه : هذا كله إذا كان الموقوف معيناً ، ... ٤٢٩
- فائدة : حيث أوجبنا الفداء ، فهو أقل
الأمرين من القيمة ، ... ٤٢٩
- تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد
الخلاص ، ذكرها المصنف ... ٤٣٠
- ٢٥٧٨ - مسألة : (وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين ،
فمن مات رجع نصيبه إلى الآخرين) ٤٣٢ - ٤٥٦
- فوائد تتعلق بحكم ما لو وقف على ثلاثة ،
أو أولاده ، أو كان له ثلاثة أولاد ،
فقال : وقفت على ولدي فلان
وفلان ، وعلى ولد ولدي ، أو
وقف على فلان ، أو وقف على
أولاده ، وأولاد أولاده ، أو لو قال :
على أولادى ، ثم أولادهم الذكور
والإناث ، ثم أولادهم الذكور من
ولد الظهر فقط ، ثم نسلهم
وعقبهم ، ثم الفقراء ، وأيضاً حكم
ما لو اجتمع صفتان أو صفات في
شخص واحد ، أو إذا تعقب
الشرط ، أو لو وجد في كتاب

- وقف : أن رجلاً وقف ، على
 ٤٣٣-٤٣٩ فلان .
- فصل : قال ، رضى الله عنه : (ويرجع إلى
 شرط الواقف في قسمه على الموقوف
 ٤٤٠ عليهم ؛ ...)
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، أن
 الشرط المباح الذى لا يظهر منه قصد
 القربة منه ، يجب اعتباره في كلام
 ٤٤٢ الواقف ...
- فائدة : لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو
 ٤٤٣ بلد أو قبيلة ، تخصصت ، ...
- فائدة : قال الشيخ تقي الدين : لو حكم
 حاكمٌ بمحضّر ، كوقف فيه
 ٤٤٤ شروط ، ... ، وجب ثبوته ...
- تنبيه : ظاهر قوله : وإخراج من شاء بصفة ،
 وإدخاله بصفة . أن الواقف لو شرط
 للناظر إخراج من شاء ، ... ، جاز ؛ ...
 ٤٤٤ فوائد ؛ تتعلق بتعين مصرف الوقف إلى
 الجهة المعينة له ، وحكم ما إذا
 شرط لناظره أجره ، وكذلك إذا
 أسند النظر إلى اثنين ، وأيضاً ما
 لو تنازع ناظران في نصب الإمامة ،
 وحكم ما إذا عزل الواقف من شرط
 النظر له ، وما يشترط في الناظر
 من الإسلام ، والتكليف ، ... ،

وحكم وظيفة الناظر ، وبيان أن
هناك لا يوجد اعتراض لأهل الوقف
على من ولاه الواقف ، وما يأخذه
الفقهاء من الوقف .

٤٤٥ - ٤٥٦

٢٥٧٩ - مسألة : (فإن لم يشترط ناظرًا ، فالنظر للموقوف

٤٥٦ - ٤٦٢

عليه ...)

فصل : ومتى كان النظر للموقوف

٤٥٧ عليه ،...، فهو أحق بذلك ،...

تنبيه : محل الخلاف ، إذا كان الموقوف عليه

٤٥٨ معينًا ،...

فصل : ونفقة الوقف من حيث شرط

٤٦٠ الواقف ؛ ...

فوائد ؛ تتعلق بحكم مالو احتاج الخان المسبل ،

وجواز تقديم عمارة الوقف على أرباب

الوظائف ، وجواز استدانة الناظر على

الوقف بدون إذن الحاكم لمصلحة ،

وحكم مالو أجر الموقوف عليه الوقف ،

وإذا أجره بدون أجره المثل ، وهل

يجوز صرف الموقوف على عمارة

المسجد؟ وحكم مالو وقف داره على

٤٦٠ - ٤٦٢ مسجد وعلى إمام يصلى فيه .

٢٥٨٠ - مسألة : (وإن وقف على ولده ثم على المساكين ،

فهو لولده الذكور والإناث) والخنائى

٤٦٢ (بالسوية)

٢٥٨١ - مسألة : (ولا يدخل فيه ولد البنات ، ...) ٤٦٣ - ٤٧٧

فصل : فإن قال : على ولدى لصلى . فهو
أكد في اختصاصه بالولد دون ولد

الولد . ٤٦٦

تنبيهان ؛ الأول ، حيث قلنا بدخولهم ، فلا
يستحقون إلا بعد آبائهم

مرتباً . ٤٦٧

الثاني ، حكم ما إذا أوصى لولده
في دخول ولد بنيه حكم

الوقف . ٤٦٨

فصل : وإن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... ، لا
يستحق البطن الثاني شيئاً حتى

ينقرض البطن الأول كله ... ٤٦٩

فوائد ؛ إحداها ، لو قال : على ولد فلان .
وهم قبيلة ، ... فلا

ترتيب ... ٤٦٩

الثانية ، لو اقترن باللفظ ما يقتضى
الدخول ، دخلوا بلا

خلاف ؛ ... ٤٧١

الثالثة ، لو قال : على أولادى ،
فإذا انقرض أولادى وأولاد

أولادى ، فعلى المساكين ... ٤٧٢
الرابعة ، قال فى « التلخيص » :

إذا جهل شرط الوقف ،

... قسم على أربابه

٤٧٢ بالسوية ،...

فصل : وإن رتب بعضهم دون بعض ،

فقال : وقفت على ولدى وولد

ولدى ، ثم على ... ، فهو على ما

٤٧٠ قال ، ...

فصل : فإن قال : وقفت على أولادى ، ثم

على أولاد أولادى ، على أنه من مات

من أولادى عن ولد ، فنصيبه

٤٧٠ لولده ... ، فهو على ما شرطه ...

فصل : وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، على

أن من مات من فلان وفلان

وأولادهم عن ولد ، فنصيبه

٤٧٣ لولده ، ... ، فهو على ما شرط ...

فصل : فإن كان له ثلاثة بنين ، فقال :

وقفت على ولدى فلان وفلان ،

... ، كان الوقف على الابنين

٤٧٤ المسمين ، ...

فصل : ومن وقف على أولاده أو أولاد

غيره ، وله حمل ، لم يستحق شيئاً

٤٧٥ قبل انفصاله ، ...

تنبيه : يأتي في باب الهبة ، في كلام المصنف ،

٤٧٦ هل تجوز التسوية بين الأولاد أم لا ؟ ...

٢٥٨٢ - مسألة : (وإن وقف على عقبه ، أو ولد ولده ،

- أو ذريته (أو نسله) دخل فيه ولد
 ٤٧٧ - ٤٨١ البنين) ...
 ٢٥٨٣ - مسألة : فإن قال : (على ولد ولدى لصلى) ...
 ٤٨٧ - ٤٨١ لم يدخل ولد البنات ...
 تنبيه : ما تقدم من الخلاف ، إنما هو فيما إذا
 وقف على ولد ولده ، ... ٤٨١
 تنبيهان ؛ الأول ، حكى المصنف هنا عن
 أبى بكر ، وابن حامد ،
 أنهما قالا : يدخلون في
 الوقف ، ... ٤٨١
 الثانى ، محل الخلاف مع عدم
 القرينة ... ٤٨٢
 فوائد تتعلق بمعنى لفظ النسل ، وحكم ما
 لو قال : على بنى بنى . أو : بنى
 بنى فلان . ومعنى الحفيد ، وحكم
 ما لو قال الهاشمى : على أولادى
 وأولاد أولادى الهاشميين . وأن
 تجدد حق الحمل بوضعه ؛ ... ٤٨٣ - ٤٨٦
 فصل : والمستحب أن يقسم الوقف على
 أولاده على حسب قسمة الله تعالى
 الميراث بينهم ، ... ٤٨٤
 ٢٥٨٤ - مسألة : (وإن وقف على بنيه ، أو بنى فلان ،
 فهو للذكور خاصة) ٤٨٧ - ٤٨٨
 ٢٥٨٥ - مسألة : (إلا أن يكونوا قبيلة ، فدخل فيه النساء
 دون أولادهن من غيرهم) ٤٨٨

- ٢٥٨٦ - مسألة : (وإن وقف على قرابته ، أو قرابة فلان ، فهو للذكر والأنثى من أولاده ...) ٤٨٩ - ٤٩٤
تنبيه : الوصية كالوقوف في هذه المسائل ، كما قال المصنف ... ٤٩٣
- ٢٥٨٧ - مسألة : (وأهل بيته بمنزلة قرابته ...) ٤٩٦ - ٤٩٤
- ٢٥٨٨ - مسألة : (وقومه ونسبائه كقرابته) ٤٩٨ - ٤٩٦
فائدة : آله كأهل بيته خلافاً ومذهباً ... ٤٩٦
فصل : وآله مثل قرابته ؛ ... ٤٩٧
- ٢٥٨٩ - مسألة : (والعتره هم العشيرة) ٤٩٨
- ٢٥٩٠ - مسألة : (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات) ٤٩٩
فائدة : العشيرة ؛ هي القبيلة ... ٤٩٩
- ٢٥٩١ - مسألة : (والأيامى والعزاب ، من لا زوج له من الرجال والنساء) ٥٠١ ، ٥٠٠
- ٢٥٩٢ - مسألة : (فأما الأرامل ، فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن) ٥٠٣ - ٥٠١
فائدتان ؛ إحداها ، البكر ، والثيب ، والعانس يشمل الذكر والأنثى ... ٥٠٢
الثانية ، الرهط ؛ ما دون العشرة من الرجال خاصة ، لغة ... ٥٠٢
- فصل : وإن وقف على أخواته ، فهو للإناث خاصة ، وإن وقف على إخوته ، دخل ... ٥٠٣
- ٢٥٩٣ - مسألة : (وإن وقف على أهل قريته أو قرابته ،

الصفحة

لم يدخل فيهم من يخالف دينه ... (٥٠٤ - ٥٠٨
تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ؛ إذا لم
توجد قرينة قولية ، أو

٥٠٦ ...، حالية

الثاني ، شمل قوله : لم يدخل فيهم
من يخالف دينه . لو كان
فيهم كافرٌ على غير دين
الواقف الكافر ، فلا

٥٠٧ ...، يدخل

٢٥٩٤ - مسألة : (وإن وقف على مواليه ، وله موالٍ من
فوق وموالٍ من أسفل ، تناول

جميعهم ...) (٥٠٨ - ٥١٣

فائدتان ؛ إحداهما ، لو عدم الموالى ، كان

٥٠٨ . لموالى العصبية ...

الثانية ، لا شئ لموالى عصبته ، إلا

٥٠٩ مع عدم مواليه ...

فوائد ؛ تتعلق بتعريف العلماء من هم ،
وأهل الحديث ، والصبي والغلام ،
والشباب والفتى ، وأبواب البر ،
ولو وقف على سبيل الخير ، وجمع
المذكر السالم وضميره ،
والأشراف ، وحكم موالى بنى

٥١٠ - ٥١٢ هاشم لو وقف عليهم ...

٢٥٩٥ - مسألة : (وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم ، وجب تعميمهم والتسوية بينهم)

تنبيه : الذى يظهر أن محل هذا ، إذا لم يكن قرينة ، ...

٥١٣

٢٥٩٦ - مسألة : فإن لم يمكن حصرهم ؛ كالمساكين ، ... ،

٥١٤ - ٥١٦

صح الوقف عليهم ... -

فائدة : لو كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار مما لا يمكن استيعابه ؛ ... ، فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ، ...

٥١٤

٥١٥ فصل : ولا يجب تعميمهم إجماعاً ؛ ...

فصل : فإن كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار مما لا يمكن استيعابه ، ... ، فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ، ...

٥١٥

فائدتان ؛ إحداهما ، لو وقف على أصناف الزكاة ، ... ، جاز الاقتصار على صنف

٥١٥

منهم ...

الثانية ، لو وقف على الفقراء فقط ، أو على المساكين فقط ، جاز إعطاء

٥١٦

الصنف الآخر ...

٢٥٩٧ - مسألة : ولا يعطى كل واحد أكثر من القدر الذى

٥١٨-٥١٦

يعطى من الزكاة ...

فصل : فإن وقف على الأصناف كلها ، أو على صنفين أو أكثر ، فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد ، أو

٥١٧ يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ ...

٢٥٩٨ - مسألة : (والوصية كالوقف في هذا التفصيل) ٥١٨-٥٢١

٥١٨ فصل : (والوقف عقد لازم ، ...)

فائدة : ظاهر كلام المصنف ، أن الوقف

٥٢٠ يلزم بمجرد القول .

٢٥٩٩ - مسألة : (ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه ، ...) ٥٢١-٥٢٥

٢٦٠٠ - مسألة : (ويجوز بيع بعض آله وصرفها في عمارته) ٥٢٥-٥٣٦

فائدة : نص الإمام أحمد ، على جواز تجديد

٥٢٥ بناء المسجد لمصلحته ...

فصل : وإذا بيع الوقف ، فأى شيء اشترى

بثمنه مما يرد على أهل الوقف ،

٥٢٦ جاز ، ...

فصل : فإن لم يكف ثمن الفرس الحبيس

لشراء فرسٍ أخرى ، أعين به في

٥٢٧ شراء حبيس يكون بعض الثمن ...

تنبيه : فعلى المذهب ، المراد بتعطل منافعه ؛

٥٢٧ المنافع المقصودة ، ...

فصل : فإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ،

٥٢٨ ، ... لم يجوز بيعه ؛ ...

فوائد تتعلق بما لو أمكن بيع بعضه ؛ ليعمر

به بقيته ، وحكم ما لو جوزنا بيع

الوقف ، وحكم ما إذا بيع واشترى

- بدله ، وما قاله المصنف والشارح
وجاعة من أنه لا يشترط أن يشتري
من جنس الوقف الذى بيع . ٥٢٨ - ٥٣٦
- فصل : قال أحمد ، فى رواية أبى داود ،
فى مسجد أراد أهله رفعه من
الأرض ، ويجعل تحته سقاية
وحوانيت . فامتنع بعضهم من
ذلك : ينظر إلى قول أكثرهم ٥٢٩
تنبيه : تلخص لنا مما تقدم فى من يلى البيع
طرق ؛ ... ٥٣٢
- ٢٦٠١ - مسألة : (ما فضل من حصره وزيته) عن حاجته
(جاز صرفه إلى مسجد آخر ، ...) ٥٣٦ - ٥٣٨
- ٢٦٠٢ - مسألة : (ولا يجوز غرس شجرة فى المسجد) ٥٣٨ ، ٥٣٩
فائدة : قال الحارثى : فضلة غلة الموقوف
على معين ، يتعين إرصادها... ٥٣٨
- ٢٦٠٣ - مسألة : (فإن كانت مغروسة ، جاز الأكل منها) ٥٣٩ ، ٥٤٠
فائدة : يحرم حفر بئر فى المسجد ، فإن فعل ،
طُمَّ ... ٥٤١
- فائدة : قال فى « الفروع » : وإن بنى أو
غرس ناظرًا فى وقف ، توجه أنه له ،
إن أشهد ، ... ٥٤١

آخر الجزء السادس عشر
ويليه الجزء السابع عشر ، وأوله :

باب الهبة والعطية
والحمد لله حقَّ حمده

رقم الإيداع ٧٣٤٤/١٩٩٥ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 120 - 4

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة